



Università degli Studi di Salerno

Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza)

Tesi di Dottorato di Ricerca in *Diritto Privato*

XXXV Ciclo

a.a. 2023/2024

“La clausola marciana tra autotutela esecutiva e responsabilità patrimoniale”

Dottoranda: Floriana Curcio

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Mariassunta Imbrenda

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Geminello Preterossi

INDICE

Introduzione, p. 5

Capitolo I

La clausola marciana nei contratti di credito ai consumatori

Premessa, p. 38

1. La clausola marciana nel credito immobiliare ai consumatori, p. 43

1.1 L'inadempimento qualificato, p. 48

1.2 Questioni inerenti alla corresponsione degli interessi, p. 51

1.3 L'effetto esdebitativo automatico tra limitazione della responsabilità patrimoniale e limitazione del debito, p. 56

1.3.1 Relazione tra debito e responsabilità (*segue*), p. 61

1.4. L'estinzione anticipata del contratto di credito immobiliare ai consumatori, p. 66

1.4.1 La violazione dei doveri di informazione tra regole di validità e regole di comportamento (*segue*), p. 72

2. Il prestito vitalizio ipotecario, p. 77

2.1. Ambito soggettivo di applicazione, p. 82

2.2. Il terzo datore d'ipoteca, p. 84

2.3. La struttura del prestito vitalizio ipotecario, p. 86

2.4. Analogie con il mutuo fondiario, p. 91

2.5 Analogie con il contratto di mutuo di cui agli artt. 1813 ss. c.c., p. 98

2.6 Il meccanismo marciano nel prestito vitalizio ipotecario. Tentativi di qualificazione in termini di mandato in *rem propriam*, p. 99

2.7 Rimedi alternativi alla vendita del bene, p. 102

2.8 Tentativi di analogia con il patto marciano di cui all'art. 120 *quinquiesdecies* T.u.b., p. 107

2.9 Differenze con il patto marciano di cui all'art. 120 *quinquiesdecies*, p. 108

Capitolo II

La clausola marciana nei contratti di finanziamento alle imprese

1. Il patto marciano di cui all'art. 48 *bis* T.u.b., p.112

1.2 Ambito soggettivo di applicazione, p. 114

1.3 Struttura del patto marciano di cui all'art. 48 *bis* T.u.b., p. 118

1.4 L'inadempimento qualificato nell'art. 48 *bis* T.u.b., p. 124

1.5 L'effetto esdebitativo nell'ipotesi di garanzia incapiente, p. 128

1.6 Differenze con la clausola marciana di cui all'art. 120 *quinquiesdecies* T.u.b. , p. 135

2. Il pegno non possessorio di cui all'art. 1 d.l. 59/2016, p. 137

2.1 L'escussione del pegno non possessorio, p. 140

2.2 Il rapporto con la clausola di rotatività, p. 141

3. La cautela marciana nel contratto di *sale and lease back*, p. 146

Capitolo III

Natura giuridica della clausola marciana

1. La clausola marciana quale strumento di autotutela esecutiva, p. 159

1.1 Lo statuto normativo del creditore procedente: responsabilità e buona fede *in executivis (segue)*, p. 164

- 2. Clausola marciana e condizione di inadempimento, p. 172
- 3. La funzione della clausola marciana tra *causa cavendi* e *causa solvendi*, p. 184
 - 3.1 La clausola marciana quale meccanismo solutorio, p. 187
 - 3.2 Differenze rispetto alla *datio in solutum*, p. 192

Capitolo IV

Profili di comparazione

Premessa, p. 196

Parte 1. Le alienazioni in garanzia nei sistemi di *Civil Law*, p. 197

1.2 La positivizzazione della clausola marciana, p. 198

1.3 La *fiducie*, p. 200

1.4 Il prestito vitalizio ipotecario, p. 202

2. L'ordinamento tedesco, p. 205

2.1 Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia (*segue*), p. 208

3. L'ordinamento spagnolo, p. 210

Parte 2: Le alienazioni in garanzia nei sistemi di *Common Law*

1. L'ordinamento inglese, p. 223

1.1. Il mortgage, p. 223

1.2. Il *trust* di garanzia, p. 232

2. Le garanzie mobiliari dei mercati nordamericani, p. 237

Riflessioni conclusive, p. 241

Bibliografia

Introduzione

Il superamento delle concezioni positivistiche, prospettato da autorevole dottrina¹ già sul finire del secolo scorso, postula che il dato normativo non sia una categoria astorica, amorale, decontestualizzata, ma sia espressione degli interessi, dei principi e dei valori che caratterizzano una società in un determinato momento storico.

Da questo punto di vista, il diritto è parte della cultura di un popolo e l'ordinamento giuridico è permeato dal sostrato dei principi e dei valori i quali, in via diretta, si applicano alla fattispecie sottoposta all'attenzione del giurista².

¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 39; ID, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, pp. 77, 119 ss., 129 s.s.; ID, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2020, vol. I, p. 85 s.s.; ID, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in ID, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli 1989, p. 75 ss.; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 293 ss.; G. PERLINGIERI, *Venticinque anni dalla Rassegna di diritto civile e la "polemica sui concetti giuridici". Crisi e definizione delle categorie*, Napoli, 2006, p. 543 s.s.; contra cfr. A. E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963; T. SERRA, *A. Ermanno Cammarata. La critica gnoseologica della giurisprudenza*, Napoli, 1988; D. MALTESE, *Ritratto di Cammarata*, in *Foro it.*, 1996. Più ampiamente sul formalismo giuridico cfr. G. B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 351 s.s.; S. SATTA, *Il formalismo nel processo*, in *Riv. trim.*, 1958, p. 1144; N. IRTI, *Formalismo e attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 1 s.s.; ID, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997; B. GRASSO, *Formalismo giuridico e sapere del civilista*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 343 s.s.

² Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 853, "più che rifiutare i concetti, occorre rifondarli conformemente alla realtà socio-normativa, in funzione servente a questa, con figure strumentali flessibili idonee a comprendere le diversità"; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., Ricorda F. PROSPERI, *Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile*, in *Studi in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, p. 1745, nonché in *civilistica.com*, 2, 2016, p. 17: "una volta, peraltro, superata la concezione "bicefala" dell'ordinamento e, dunque, ricondottolo ad unità, sembra difficile porre limiti al giudice comune nell'utilizzazione di ogni strumento ermeneutico che gli consenta, in coerenza con la supremazia della Costituzione, di pervenire alla soluzione del caso concreto ad essa più aderente mediante la disapplicazione della disposizione dal contenuto non conformabile senza il tramite della Corte costituzionale". Cfr. anche G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015. Cfr. anche N. LIPARI, *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Rivista Trimestrale di*

In questa prospettiva di analisi, il sottosistema civilistico delle garanzie reali e l'impianto codicistico in tema di soddisfacimento del credito -al cui interno si colloca il discorso sul patto marciano-, per un determinato momento, non ha sembrato riflettere più l'esigenza di un bilanciamento e di un esatto contemperamento degli interessi coinvolti³: da un lato, quelli del ceto creditorio ad un sicuro e celere soddisfacimento del diritto di credito -rispetto a cui le procedure esecutive pubbliche, lente e dispendiose, si sono mostrate sempre più inidonee⁴- e, dall'altro,

Diritto e Procedura Civile, fasc.2, 1 giugno 2021, pag. 317, in cui testualmente: "I principi si sottraggono ad ogni forma di "pietrificazione" della loro definizione, nessuno (neppure il giudice costituzionale) potendo vantare il titolo di far luogo, in regime di monopolio o di privilegio, alla loro "autentica o esclusiva ricognizione".

³ G. PERLINGIERI, *Garanzie atipiche e rapporti commerciali*, in Riv. dir. impr., I, 2017, p. 21. F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di G. Cian*, Padova, 2010, p. 1522 s., osserva come «nella vicenda comunemente definita in termini di "commercializzazione" del diritto civile, le esigenze sistematiche e le concezioni di stampo prettamente "civilistico" siano prevalse, al momento della codificazione del 1942, tanto nella disciplina dell'obbligazione (in generale), quanto nella materia di garanzia del credito» – e che sconta, per di più, le gravi inefficienze del sistema giudiziario italiano (v. i dati riferiti da A. DEBERNARDI, *L'art. 48 bis del TUB ed il c.d. "patto marciano" nei contratti di credito immobiliare*, § 1, in <http://www.diritto bancario.it>). Di recente, l'Associazione dei civilisti italiani ha costituito un "gruppo di lavoro", cui è rimesso lo studio utile a reimpostare su basi più moderne «la concezione funzionalistica del "rapporto di responsabilità"» (ne dà notizia F. MACARIO, *Appunti per un progetto di riforma delle garanzie di credito*, in <http://questionegiustizia.it>). Le inadeguatezze della disciplina codicistica delle garanzie reali sono segnalate, ad es., da E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, p. 94 ss.; G. TUCCI, voce *Garanzia*, in Dig. disc. priv. – Sez. civ., vol. VIII, Torino, 1992, p. 579 ss.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, p. 2 s.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 82 ss.; P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 2000, 1 ss.; F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in Riv. dir. civ., 2000, II, p. 255 ss.; M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore, autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa e diritto privato*, 2017, p. 739 ss; F. BOSETTI, *La cessione del credito*, in ID. (cur.), *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, Torino, 2010, p. 19.

⁴ In tal senso cfr. A. CILENTO, *Il percorso verso l'ammissibilità del patto marciano*, in *De Iustitia*, riv. giur., 7/2020, p. 1, per il quale "La rigidità delle strutture di garanzia tipiche, l'inefficienza dei mezzi di esecuzione processuale, la natura estremamente complessa delle procedure di espropriazione forzata, restituiscono l'insufficienza degli strumenti tradizionali alla quale non fa fronte un efficiente impianto dei mezzi di autotutela esecutiva".

l'esigenza di tutela del debitore contro i rischi di abuso del diritto da parte del creditore.

Sul versante dell'escussione del credito, peraltro, nelle more della definizione del processo esecutivo, vi è il pericolo che il debitore si spogli dei propri beni o si renda insolvente, così da vanificare il recupero dei crediti, specie se deteriorati⁵.

Inoltre, si è posta l'esigenza di facilitare l'accesso al credito per una variegata platea di soggetti -imprenditori, professionisti e consumatori- che le ripetute recessioni economiche⁶ -prima fra tutte la crisi di liquidità verificatasi nel biennio 2007-2009, quale diretta conseguenza della crisi

⁵ I crediti deteriorati, c.d. crediti NPL -*non performing loans*-, sono esposizioni verso soggetti che, a causa di un peggioramento della loro situazione economica e finanziaria, non sono in grado di adempiere in tutto o in parte alle proprie obbligazioni contrattuali e che, pertanto, rischiano di andare in prescrizione. In particolare, in dottrina è frequente il rilievo dell'inadeguatezza del sistema delle garanzie reali a soddisfare gli interessi meritevoli di protezione degli operatori del mercato. Osserva E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, p. 29: “*La moderna connotazione del diritto degli affari impone infatti operazioni di finanziamento sempre più complesse e sempre più articolate e determina per gli operatori la necessità di enucleare modelli contrattuali in grado di soddisfare l'esigenza, intensamente sentita anche per le garanzie reali, di forme di garanzia le quali -pur nel permanere dell'identità normativa della struttura formale del vincolo reale- risultino in grado sia di estendersi al di là del vincolo originario; sia di comprendere ed assicurare, in un'unica operazione economica, da un lato tutti i rapporti che possono venire ad instaurarsi tra la banca e il cliente, dall'altro di operare un'assimilazione degli oggetti della garanzia reale all'interno della sua struttura formale; sia, infine, di mantenere inalterato, nel tempo, l'originario valore del vincolo, pur in presenza di modificazioni materiali degli oggetti della garanzia*”. Cfr. ancora G. TUCCI, *Garanzia*, in *Digesto* (Civ), VIII, Torino, 1992, p. 579 ss.; L. BARBIERA, *Autonomia privata e garanzie reali: un rapporto difficile, sclerotizzato da chiusure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accettati*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 483 ss.

⁶ Cfr. G. ALPA, *Introduzione*, in ID. e E. NAVARRETTA (a cura di), *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, cit., p. 11 ss

dei mutui c.d. *subprime* nel mercato finanziario statunitense⁷ - hanno

⁷ La crisi è iniziata all'incirca nella seconda metà del 2006, quando cominciò a sgonfiarsi la bolla immobiliare statunitense e, contemporaneamente, molti possessori di mutui *subprime* divennero insolventi a causa del rialzo dei tassi di interesse. Questa crisi è compatibile con le teorie del "*credit boom and busts*" e delle asimmetrie informative. La crisi diventa palpabile nel febbraio-marzo 2007 e nel settembre-ottobre 2008, bimestre in cui scompaiono le banche d'affari più note: il 15 settembre 2008 *Lehman Brothers* dichiara la bancarotta invocando il *chapter 11*, il 22 settembre *Goldman Sachs* e *Morgan Stanley* diventano banche normali. Tutti gli indici borsistici mondiali flettono in maniera consistente, arrivando mediamente sui livelli della fine del XX secolo. All'esplosione della crisi dei mutui *subprime*, ha fatto seguito la decisione di alcune banche di "congelare" le quote dei propri fondi di investimento, sospendendone la compravendita per impedirne un deprezzamento. In altri casi, i creditori hanno dichiarato le loro insolvenze e vi sono stati casi di fallimento, che hanno portato a un calo dei titoli in Borsa generalizzato nei vari settori. Questo è riconducibile al ruolo del sistema creditizio per l'intera economia, al fatto che in varie Borse (come il FTSE-MIB) i titoli bancari sono quelli a massima capitalizzazione e più scambiati giornalmente, per cui un loro calo pesa molto sull'indice complessivo di Borsa, al fatto che l'insolvenza del debitore si ripercuote su tutti i suoi creditori, con la difficoltà di rinnovare prestiti in scadenza a tassi agevolati e a concedere dilazioni di pagamento, a molte industrie che hanno un debito che è un multiplo del loro capitale sociale. Il calo di agosto delle borse americane, europee e asiatiche ha indotto le banche centrali di tutto il mondo a iniettare miliardi di liquidità per sostenere i corsi azionari della Borsa. In un primo momento le banche centrali, in special modo la FED, hanno agito come prestatori di ultima istanza, con interventi di aiuto mirati e in un secondo momento hanno abbassato notevolmente il costo del denaro in modo da assicurare sufficiente liquidità all'intero sistema. Questo, insieme alle garanzie governative sui depositi, ha evitato il fenomeno della "corsa agli sportelli" e quindi effetti ancora più devastanti sull'intera economia. Nell'area Euro si è verificato il più massiccio intervento nella storia della BCE, e si è parlato di un rischio di iperinflazione per i mesi successivi a causa della moneta immessa in circolazione. I prestiti della Banca Centrale in un momento di vendite generalizzate servivano agli investitori a contenere le perdite o a realizzare un guadagno, impegnando sovente direttamente le banche centrali a comprare ciò che nessun attore del sistema economico intende più acquistare, e di cui il mercato tende a disfarsi (rientra nella politica del *quantitative easing*). Il continuo rialzo dei tassi di interesse ha indotto l'insolvenza di circa 2 milioni di famiglie americane, spingendo il Congresso ad estendere anche alle famiglie l'istituto giuridico del fallimento (in precedenza concesso alle sole imprese). Una riduzione dei tassi di interesse ridurrebbe automaticamente la rata variabile di questi mutui, riportandola ai livelli precedenti la crisi e sostenibili per i redditi americani. Oltre a ridurre la percentuale di insolvenze, un abbassamento del tasso di sconto avrebbe anche l'effetto opposto di spingere alla concessione di nuovi mutui (e aggravare il numero di potenziali insolvenze in futuro). In questo senso, il tasso di interesse non è l'unica leva a disposizione delle banche centrali. Un aumento della riserva frazionaria oppure un esplicito divieto di concedere prestiti a un tasso ribassato per ridurre le insolvenze pendenti sarebbero strumenti in grado di attenuare il problema. Nella prima metà dell'agosto 2007, le preoccupazioni su un possibile crollo dell'industria dei mutui *subprime* hanno causato una netta caduta degli indici di borsa Nasdaq e Dow Jones, con serie ripercussioni sui listini di tutto il mondo. Gli indici delle borse asiatiche ed europee hanno fatto registrare una serie di record negativi. La situazione mutui è a rischio anche in altri Paesi. In Italia, il debito pro-capite supera i 30.000 euro l'anno e nel 2007, a fronte di 3,5 milioni di famiglie titolari di un mutuo, i casi di insolvenza superavano quota 500.000, con altrettante

fortemente reso necessario.

A tali istanze il legislatore interno ha risposto prevedendo specifiche tecniche negoziali, afferenti al trasferimento di beni oggetto di garanzia, talvolta per effetto del recepimento delle direttive dell'Unione europea⁸, talvolta sulla scorta di iniziative assunte dalle assemblee legislative domestiche, anche operando *legal transplants* di modelli propri di altri sistemi ordinamentali⁹.

In particolare, ciò è avvenuto a margine delle normative settoriali che disciplinano particolari forme di finanziamento, attraverso l'innesto, nel contratto avente funzione di finanziamento pecuniario, di meccanismi che echeggiano la fisionomia che il patto marciano assume già a partire dalle fonti romanistiche¹⁰.

procedure avviate di pignoramento. In Europa manca una regolamentazione internazionale comune per la concessione dei mutui.

⁸ L'esigenza dell'introduzione di forme negoziali che realizzino una più rapida ed efficiente escussione del credito senza compromettere gli interessi del ceto creditorio è stata avvertita innanzitutto a livello unionale. In vista dell'obiettivo di «consolidare ulteriormente, a vantaggio delle generazioni future, la base su cui poggia il settore bancario dell'UE, dotando le banche della solidità che permetterà loro di svolgere il ruolo indispensabile di finanziatrici dell'economia e sostenitrici della crescita» (Comunicato stampa del 14 marzo 2018), la Commissione ha pubblicato una proposta di direttiva con lo scopo di introdurre, tra l'altro, meccanismi di esecuzione stragiudiziale accelerata dei prestiti coperti da garanzia reale. Cfr. anche Corte di Giustizia UE, IV sez., 1011. 2016 causa C- 156/15 in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2017, 7-8-, p. 920 ss.; Corte di Giustizia UE, IV sez., 25 luglio 2018, causa C-107/17 in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, 2, p. 223 ss.

⁹ Ad esempio la figura del *leasing*, diffusasi nella prassi aziendalistica, è stata mutuata dal sistema statunitense. Sull'argomento Cfr. M. IMBRENDA, *Il Leasing*, in M. Imbrenda e F. Carimini, *Leasing e Lease back*, in *Trattato di Diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008; M. IMBRENDA, *Il leasing finanziario. Trilateralità funzionale ed equilibrio del rapporto*, Napoli, 2005. Il prestito vitalizio ipotecario sembra ripetere, invece, la fisionomia dell'*equity release* inglese e del *pret viager thypothecaire* francese; cfr., in proposito, A. ADDANTE, *Prestito vitalizio ipotecario e schemi negoziali affini*, in Banca Borsa Titoli di Credito, 2017, I, p. 498.

Il pegno non possessorio, invece, sembra provenire dall'ordinamento statunitense; cfr. art 9 dell'*Uniform Commercial Code*; cfr., sul punto, A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio sui beni determinati*, in Riv. dir. civ., p. 951 ss.

¹⁰ Nel diritto romano la *lex commissoria* rivestiva una duplice valenza: è un elemento accidentale del contratto di vendita, dapprima destinato ad operare come condizione sospensiva e in seguito anche

Si tratta, in ordine di tempo: i) del “*prestito vitalizio ipotecario*”, garantito attraverso l'iscrizione di un'ipoteca di primo grado su un immobile residenziale, nonché mediante l'attribuzione *ex lege* al finanziatore della legittimazione ad alienare a terzi il bene oggetto di garanzia, con il diritto di soddisfare le proprie ragioni creditorie sul ricavato della vendita e con l'obbligo di restituire l'eventuale eccedenza agli eredi, ai sensi dell'art. 11-*quaterdecies*, commi da 12 a 12-*sexies*, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito in l. 2 dicembre 2005, n. 248 e modificato dalla l. 6 maggio 2015, n. 44; ii) del “*credito immobiliare ai consumatori*” da parte di banche, garantito da un'ipoteca su un immobile residenziale, con l'espressa pattuizione che, in caso di inadempimento, il creditore acquista la proprietà del bene o potrà decidere di venderlo a terzi, con l'obbligo di corrispondere al debitore la differenza tra il valore della *res* stimata da un perito oppure i proventi della vendita e l'ammontare del debito residuo, ai sensi dell'art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b.); iii) del credito concesso da una banca all'impresa, garantito dalla previsione convenzionale del trasferimento al finanziatore della proprietà

come condizione risolutiva. Mentre, nella disciplina del *pignus*, opera come *fiducia cum creditore* in funzione satisfattoria. Il patto marciano nasce per attenuare le conseguenze del divieto della *lex commissoria* posto da Costantino a partire dal 324 d.C., per l'alto rischio che il trasferimento del bene in garanzia si rivelasse usurario o, comunque, troppo svantaggioso per il debitore. Con l'obiettivo di consentire al creditore, a determinate condizioni, di acquistare i beni dati in pegno o in ipoteca in capo di inadempimento del debitore senza incorrere nel divieto di patto commissorio, il giureconsulto romano dell'età severiana, Elio Marciano, elaborò la convenzione eponima, che collegava l'attribuzione del bene dato in garanzia alla stima dello *iustum praetium*, effettuata alla data dell'inadempimento. Per un'analisi approfondita sulla genesi e sviluppi del patto commissorio e del patto marciano cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 11 s.s. Sulle origini della *lex commissoria* e del patto marciano nel diritto romano v. O. TORO, *L'arricchimento del creditore ai danni del debitore: riflessioni sul patto Marciano e sul divieto del patto commissorio*, in *Rev. int. droit ant.*, 2014, p. 253 ss.; A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, p. 10 s.s.

o di altro diritto su un bene immobile al verificarsi dell'inadempimento, e con il diritto del debitore al pagamento dell'eccedenza, di cui all'art. 48-*bis* t.u.b.; iv) del finanziamento concesso ad imprenditori per l'esercizio della loro attività, garantito da pegno non possessorio su beni mobili non registrati destinati all'esercizio dell'impresa, con l'attribuzione *ex lege* al finanziatore della facoltà di procedere, in caso di inadempimento, alla vendita dei beni vincolati, trattenendo il corrispettivo fino alla concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di restituire l'eccedenza al datore della garanzia, oppure, ove espressamente pattuito, di appropriarsi della *res* riconoscendo al dante causa un importo pari alla differenza tra il valore della stessa e l'obbligazione garantita, ai sensi dell'art. 1, comma settimo, d.l. 3 maggio 2016, n. 59¹¹.

Per effetto di tali tendenze evolutive, espresse dalla normativa consolidatasi in materia di soddisfacimento del credito, il quadro delle disposizioni e dei principi sulle garanzie e sulla loro realizzazione, è stato fortemente inciso dall'introduzione di regole permissive, le quali sembrano aver determinato una diversa configurazione degli spazi

¹¹ Tali schemi negoziali sono stati espressamente richiamati nella relazione al Disegno di legge recante la Delega al Governo per la revisione del Codice Civile (DDL. S. n. 1151 del 19.03.2019), quali paradigmi da seguire nell'introduzione di nuove forme di garanzia del credito.

dell'autonomia negoziale,¹² nel più generale contesto afferente alla disciplina della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.¹³

Invero, prima dell'introduzione di tali ipotesi normative, le speculazioni dottrinali in ordine al patto marciano¹⁴, sono passate in secondo piano -fino alla metà degli anni Ottanta¹⁵-, e, comunque, sono sempre confluite all'interno del dibattito che si è confrontato, in dottrina e nella giurisprudenza di legittimità, riguardo al divieto del patto commissorio, rispetto al quale gli era stato attribuito il ruolo ancillare di

¹² L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1971; E. BETTI, *Autotutela*, in Enc. dir., IV, Milano, 1959, 532; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, Milano, 2010; N. CIPRIANI, *Nuovi scenari in tema di patto commissorio autonomo?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002; DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014; A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed <<economia del debito>>: dinamiche della giustizia e autonomia privata*, in Riv. crit. dir. priv., 2017, in cui sottolinea che l'inedita commistione di debito e responsabilità alligna soprattutto nel mercato del credito istituzionale (ossia bancario), dove "la dialettica debito responsabilità patrimoniale assume, date le circostanze economiche attuali, un particolare rilievo"; F. CIVALE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in www.diritto bancario.it, 2016; BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984; M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli, 1937; SALVATORE ROMANO, *L'autonomia privata (Appunti)*, in *Scritti minori*, Tomo II, Milano, 1980.

¹³ Cfr. G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017, p. 62 s. e 237 s.s.; L. FOLLIERI, *L'autotutela esecutiva*, in *La responsabilità patrimoniale sostenibile*, a cura di AA. VV., Torino, 2023, p. 106 ss.

¹⁴ Il legislatore del Codice civile del '42 non ha ritenuto di normare la figura in termini generali, ma ha delineato il meccanismo che soggiace al patto marciano nell'ambito del contratto di anticipazione bancaria, all'interno della figura del pegno irregolare di cui all'art. 1851 c.c. e, pur con variazioni, nell'ambito del pegno di crediti con riguardo alla disciplina della riscossione, di cui all'art. 2803 c.c. Sul patto marciano, in generale, cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2020; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017; G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in Riv. dir. comm., 1997, I; E. GABRIELLI, *Della tutela dei diritti*, a cura di BONILINI-CHIZZINI, art. 2643 - 2783-ter, Torino, 2015, p. 972 ss.; M. EBNER, *Patto marciano*, in Enc. giur., Treccani, XXV, Roma, 2007; C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *I contratti*, 2015, 8/9.

¹⁵ Il numero delle pronunce relative al patto marciano, prima dell'introduzione di specifiche ipotesi normative, è piuttosto esiguo. La prima pronuncia della Corte di Cassazione sul punto risale al 1983.

mero correttivo, perché, secondo la prevalente impostazione¹⁶, neutralizzerebbe il rischio di approfittamento del debitore.

Tuttavia, la positivizzazione di fattispecie marciarie all'interno della normativa settoriale, riferibile -in massima parte- ai contratti aventi funzione di finanziamento pecuniario, ha posto all'attenzione dell'interprete la doverosità di addivenire ad una qualificazione della natura giuridica delle singole ipotesi¹⁷ e di disancorarne la trattazione dal

¹⁶ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*. Proporzionalità e legittimità delle garanzie, Napoli; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, p. 1027; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) Rescigno, 19, Utet, 1985, p. 437; G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in Riv. dir. civ., 1955, p. 1070; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in Riv. dir. comm., 1960, I, 94; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, p. 216; L. LORDI, *Del pegno*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da M. D'Amelio, - E. Finzi, IV, Firenze, 1943, p. 649 ss.

¹⁷ E' frequente in dottrina l'utilizzo dell'espressione "marciano primo" o "marciano innominato" con riferimento alle ipotesi di patto marciano di fonte convenzionale antecedenti alle novelle introduzioni legislative e di "marciano secondo" o "marciano nominato" con riguardo alle nuove ipotesi introdotte dalle normative settoriali. Cfr. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciari*, Torino, 2017, p. 41 ss.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in o.u.c., p. 1 ss.; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in o.u.c., p. 149 ss.; T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciarie" a garanzia del credito immobiliare*, in o.u.c., p. 105 ss. Tuttavia, tale distinzione presuppone l'attualità della dicotomia negozi tipici/negozi atipici, ormai ritenuta superata da altra autorevole impostazione. Inoltre, a prescindere dalla fonte -legale o convenzionale- della stipulazione marciaria, la peculiarità del fenomeno si apprezza con riguardo alla funzione. Per un'analisi approfondita circa il superamento della distinzione tra tipicità e atipicità v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 341 s. "Il tema dell'autonomia negoziale e, in particolare, dell'autonomia contrattuale è ricondotto normalmente alla dicotomia contratti tipici-contratti atipici. Tuttavia è possibile, oltre che auspicabile, un ridimensionamento della distinzione. Si tratta di un problema di carattere generale attinente all'uso e alla rilevanza ermeneutica dei concetti, con evidenti riflessi sulla questione dell'interpretazione e qualificazione del contratto, sull'attribuzione, cioè, al contratto di un nomen iuris". In tal senso anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 145 "L'atipico, l'assolutamente e radicalmente atipico, è estraneo al diritto, il quale procede (e deve di necessità procedere) mediante la riduzione dei fenomeni entro gli schemi già previsti". Sull'argomento v. anche R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in Riv. trim., 1996, p. 785 ss.; C. BEDDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992; V. FRANCESCHELLI, *Negozi tipici e atipici*, in *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Milano, 1975; R. CLARIZIA, *Contratti innominati*, in Enc. giur. Treccani, IX, Roma, 1988.

cospicuo dibattito afferente al divieto posto dagli artt. 2744 e 1963 c.c.¹⁸, innanzitutto, nel tentativo dogmatico di tracciarne una fisionomia univoca.

A tal uopo, poiché, sotto il profilo sistematico, la stipulazione marciaria si pone quale fattispecie al confine del divieto di patto commissorio, una sua esatta perimetrazione non può prescindere da una preliminare digressione in ordine al divieto di stipulazione commissoria e, in particolare, dalla individuazione della *ratio* sottesa a tale divieto.

Il patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c., è l'accordo col quale si prevede che il bene dato in garanzia diventi di proprietà del creditore, come effetto automatico del verificarsi dell'inadempimento del debitore.

Secondo l'orientamento consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione¹⁹, il divieto di patto commissorio, sebbene riferito dall'articolo 2744 c.c. unicamente al pegno e all'ipoteca, è

¹⁸ C. DE MENECH, *Il patto marciario e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *i Contratti*, 2015, p. 823.

¹⁹ Il filone è inaugurato da Cass. civ., S.U., 3 aprile 1989, n. 1611, e ancora prima da Cass. civ., 3 giugno 1983, n. 3800, secondo la quale l'art. 2744 è una norma materiale e non formale, non rilevando il tipo negoziale adottato dai contraenti, ma solo il risultato economico perseguito dai contraenti; Cass. civ., S.U., 5 luglio 2011, n. 14650, con nota di M. MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. Comm.*, 2012, II, p. 672 s.s.; più di recente Cass. civ. sez. II, 11 settembre 2017, n. 21042. La Suprema Corte, a Sezioni Unite, è stata chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità in Italia della disciplina inglese la quale consente il trasferimento della proprietà mediante il patto commissorio. V. anche Cass. Civ. Sez. III, 27 maggio 2003, n. 8411; Cass. Civ. Sez. II, 16 settembre 2004, n. 1865; Cass. Civ. Sez. II, 12 gennaio 2009, n. 437. Per la dottrina cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1950, p. 391, secondo cui l'art. 2744 c.c. determinerebbe la nullità di tutti i trasferimenti che, indipendentemente dalla loro struttura, sono retti da una causa di garanzia, sebbene non abbiano ad oggetto beni gravati da pegno o da ipoteca. Per un'analisi circa la distinzione tra norma formale e norma sostanziale cfr. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *cod. civ. Commentario* diretto da P. Schlesinger, *Artt. 1500-1509*, Milano, 1987, p. 227.

espressione di un principio generale che sancisce un divieto di risultato. Il risultato vietato è il trasferimento della proprietà in funzione di garanzia, sotto condizione sospensiva dell'inadempimento del debitore, qualunque sia la tipologia di negozio con cui tale risultato venga conseguito²⁰.

Pertanto, la nullità del patto commissorio avente ad oggetto il pegno o l'ipoteca discende direttamente dall'applicazione testuale dell'articolo 2744 c.c. Viceversa, il patto commissorio che non ha ad oggetto il pegno o l'ipoteca, ricade nel divieto di cui all'articolo 2744 c.c. attraverso il dettato dell'articolo 1344 c.c., costituendo tale patto un mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative. Dunque, ricade nel divieto di patto commissorio ogni alienazione a scopo di garanzia sospensivamente o risolutivamente condizionata.

Tra i negozi che realizzano un trasferimento di beni gravati da garanzia, rientra la figura del patto marciano. Tale patto è un negozio in forza del quale il debitore consegna al creditore un bene in garanzia con l'accordo secondo cui il creditore ne diverrà proprietario al verificarsi dell'inadempimento del debitore. La clausola marciana ha, tuttavia, un elemento ulteriore rispetto alle altre forme di alienazione a scopo di garanzia sospensivamente condizionate: la *cautela marciana*.

²⁰ In questo senso cfr., più di recente, Cass. civ., sez. I, 21 settembre 2022 n. 27615; anche Cass. Civ., Sez. II, 20 febbraio 2013, n. 4262; ribadisce questo filone anche Cass. civ., sez II, 17 giugno 2022, n. 19694, secondo cui “*deve essere pertanto esaminato l'assetto complessivo degli interessi delle parti, al fine di stabilire se il procedimento negoziale attraverso il quale venga compiuto il trasferimento di un bene dal debitore al creditore sia effettivamente collegato, piuttosto che alla funzione di scambio, ad uno scopo di garanzia (Cass. Civ., Sez. II, 20.7.1999, n. 7740, Cass. Civ., Sez. III, 21.7.2004, n. 13580; Cass. Civ., Sez. II, 16.9.2004, n. 18655; Cass. Civ., Sez. II 8.2.2007 n. 2725, e Cass. Civ. Sez. II, 20.6.2008, n. 16953). Nel tempo quindi è stata ampliata la portata dell'art. 2744 c.c., sanzionando con la nullità qualsiasi strumento pattizio in grado di raggiungere il risultato vietato dall'ordinamento, sia in modo diretto che in forme elusive*”.

Quest'ultima si sostanzia nella stima del valore del bene al momento della scadenza dell'obbligazione da parte di un terzo -c.d. estimatore-, che sia indipendente ed esperto, e nell'obbligo per il creditore di restituire al debitore l'eccedenza di prezzo rispetto al valore del bene²¹, in tal modo neutralizzando il rischio di un arricchimento ingiustificato del creditore.²²

Vi sarebbe, poi, *in limine*, un ulteriore tratto di cesura tra le due convenzioni.²³ Mentre il patto commissorio ricollega al trasferimento della proprietà l'estinzione automatica dell'obbligazione al verificarsi dell'inadempimento, la stipulazione marciaria non determina l'estinzione dell'obbligazione come effetto automatico dell'inadempimento. Infatti, un'eventuale vendita deve essere preceduta dalla stima del valore del bene

²¹ Cfr. *ex multis* Cass. civ., sez. I, sent. 28 gennaio 2015 n. 1625, che risolve nell'esame del patto marciario il giudizio di meritevolezza, ai sensi dell'art. 1322, comma secondo, c.c., espressamente affermando *"Si ritiene, dunque, che il c.d. patto marciario sia strumento idoneo a scongiurare l'illiceità [...], in quanto prevede, al termine del rapporto, la stima del bene oggetto di garanzia quale presupposto del consolidarsi dell'effetto traslativo iniziale, evenienza che si verificherà qualora il valore del bene sia equiparabile all'importo del credito inadempito (nonché del danno da inadempimento); mentre, ove tale importo sarà inferiore, verrà quantificata la differenza e sarà pagato un prezzo aggiuntivo al debitore, quale condizione del consolidamento dell'effetto traslativo. Ciò garantirebbe contro il pericolo che il debitore subisca una lesione in conseguenza del trasferimento con funzione di garanzia: la stima imparziale del valore del bene ad opera di un terzo e l'obbligo, da parte del creditore, di restituire l'eccedenza al debitore assumono, quindi, il compito di escludere l'abuso, e con esso l'operatività del divieto di patto commissorio e la conseguente illiceità. Il Collegio ritiene che tale principio vada ora affermato. Fondamento dell'effetto salvifico è, da un lato, l'idoneità della clausola a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto di lease back back (requisito svalutato da chi reputa che l'art. 2744 c.c. non esiga alcuna sproporzione dei valori, ma dovendosi invece ribadire che l'ordinamento presume detta sproporzione nel meccanismo vietato), e, dall'altro lato, la sua capacità di scongiurare che l'attuazione coattiva del credito avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco"*.

²² Circa la funzione *'riequilibratrice'* del meccanismo della stima v. A. CILENTO, *Il percorso verso l'ammissibilità del patto marciario*, cit., p. 3, il quale osserva che *"La corrispondenza assicurata tra valore del bene garantito e corrispettivo rappresenta non soltanto una forma di tutela del debitore, ma anche la garanzia per i creditori concorrenti di vedere il patrimonio del debitore privato di un bene di valore non eccedente rispetto al credito garantito"*.

²³ Per un'approfondita analisi circa la distinzione della convenzione marciaria da quella commissoria cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciario. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, p. 12 ss.

in garanzia e l'imputazione del valore all'estinzione dell'obbligazione nei limiti dell'importo del debito garantito. Sicché, se il valore del bene è superiore all'ammontare del credito, deve essere restituita al debitore l'eccedenza. Viceversa, ove il valore del bene fosse inferiore al credito, l'estinzione, di norma, è solo parziale²⁴.

Quoad effectum, tra le due tipologie di stipulazione, intercorre, poi, un'ulteriore distinzione. Le convenzioni commissorie realizzano alienazioni in garanzia sotto condizione sospensiva o risolutiva. Al contrario, le pattuizioni marciane sono solo sospensivamente condizionate. Ragione per la quale il creditore non diviene titolare del bene, nemmeno sotto condizione risolutiva subordinata all'adempimento. Il bene conserva la propria funzione di garanzia, laddove il trasferimento della titolarità del diritto di proprietà sul bene è meramente eventuale -cioè si realizza solo in caso di effettivo inadempimento- e, comunque, subordinata alla preventiva *aestimatio*.

Ebbene, dottrina e giurisprudenza si sono chieste se tale accordo, realizzando l'effetto classico del patto commissorio, sia nullo ai sensi degli artt. 2744 e 1344 c.c. ovvero se l'elemento specializzante valga a salvarlo dalla declaratoria di nullità.

²⁴ Sul punto, tuttavia, è dato riscontrare un'eterogeneità in ordine a talune fattispecie di patto marciano, come si vedrà nel prosieguo.

La risposta al quesito dipende dalla *ratio* che si intende porre a fondamento del divieto di stipulazioni commissorie.²⁵ Al riguardo, in dottrina, si sono confrontate teorie soggettivistiche e tesi pubblicistiche.

In particolare, tre sono le prospettive di analisi, enucleate in dottrina, attraverso le quali può essere individuata la *ratio* del divieto: quella del creditore, quella del debitore e quello dell'ordinamento giuridico.

La tesi che annette rilevanza alla prospettiva della tutela del debitore, ritiene che l'ordinamento vieti il patto commissorio in quanto tale patto sarebbe lesivo degli interessi del debitore.

Aderendo a tale impostazione in una prospettiva patrimonialistica, l'ordinamento mirerebbe a tutelare la parte debole del rapporto obbligatorio, esposto al rischio di approfittamento del creditore. In questa prospettiva, il debitore, pur di conseguire il credito potrebbe essere indotto a stipulare pattuizioni particolarmente svantaggiose, accettando di trasferire, in funzione di garanzia, un proprio bene il cui valore sia superiore all'ammontare del credito garantito.

²⁵ Invero, la questione afferente alla individuazione della *ratio* sottesa al divieto del patto commissorio era già stata prospettata ed intrapresa nel vigore del precedente Codice civile del 1865, dando luogo a contrasti dottrinali e giurisprudenziali. L'art. 1884 del codice Pisanelli, infatti, affermava che “è *nullo qualunque patto, il quale autorizza il creditore ad appropriarsi del pegno*”.

Tale tesi, più risalente e diffusa²⁶, fa perno su un argomento di carattere letterale, a mente del quale, nella stessa Relazione al Codice civile del 1942, viene espressamente fatta menzione dell'esigenza di tutela del debitore quale *ratio* giustificatrice del divieto²⁷.

In una prospettiva non patrimonialistica, invece, la *ratio* del divieto del patto commissorio risiederebbe nell'esigenza di tutelare la libertà morale del debitore.

Secondo altra impostazione, viceversa, la *ratio* del divieto sarebbe evidenziata dalla prospettiva di tutela della posizione creditoria. In particolare, il patto commissorio sarebbe vietato perché introdurrebbe una deroga al principio della *par condicio creditorum*.²⁸

²⁶ Questa impostazione, risalente già alla Costituzione dell'imperatore Costantino, è quella maggiormente diffusa anche nella giurisprudenza. In particolare, questo indirizzo è stato inaugurato dalla storica pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 3 aprile 1989, n. 1611, in cui la Suprema Corte, al fine di giustificare l'interpretazione estensiva del 2744 c.c., prende atto che secondo l'orientamento consolidato in dottrina e giurisprudenza *"il divieto del patto commissorio è diretto ad impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore, spesso spinto alla ricerca di un mutuo da ristrettezze finanziarie, con facoltà di far proprio il bene oggetto di pegno, ipoteca o dato in anticresi, attraverso un meccanismo che gli permetta di sottrarsi alla regola della par condicio creditorum"*. In dottrina v. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*. Proporzionalità e legittimità delle garanzie, Napoli, 2000; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, p. 1027; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) Rescigno, 19, Utet, 1985, p. 437; ID, Note sopra il divieto del patto commissorio, in Riv. not., 1981, p. 401; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, 5 ed., Milano, 1926, p. 281 s.s.; A. BUTERA, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, nota a Cass. Firenze, 2 luglio 1917, in Giur. it., 1918, I, 1, c. 500 s.s.; G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in Riv. dir. civ., 1955, p. 1070; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in Riv. dir. comm., 1960, I, 94; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, p. 216; L. LORDI, *Del pegno*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da M. D'Amelio, - E. Finzi, IV, Firenze, 1943, p. 649 ss.

²⁷ Nella Relazione al Codice Civile n. 1127, infatti, si giustifica l'espressa estensione del divieto contenuta nell'art. 2744 c.c. anche al patto commissorio *ex intervallo* sostenendo che *"La sanzione della nullità colpisce così il patto in continenti come il patto ex intervallo: anche in quest'ultimo caso ricorre la ratio che informa il divieto. [...] È facile, infatti, che il debitore versando in gravi angustie economiche, si assoggetti, per ottenere una dilazione, alla stipulazione del patto"*.

²⁸ In tal senso cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., p. 298; E. BERGAMO, *Brevi note sul divieto del patto commissorio*, p. 1602.; F.

In proposito è stato osservato²⁹ che la tutela della parità tra creditori concorrenti viene, normalmente, perseguita attraverso strumenti che, oltre ad operare su istanza di parte e non *ope legis*, non incidono mai sulla validità degli atti dispositivi del patrimonio, ma si limitano a determinarne l'inefficacia relativa, come avviene con l'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 c.c.³⁰

Da ultimo, coloro i quali assegnano rilevanza all'argomento di carattere sistematico, fanno discendere la nullità del patto dal difetto

CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in Riv. dir. comm, 1916, II, p. 890; L. BARBIERA, *Garanzie del credito ed autonomia privata*, p. 261 ss.; F. TALASSANO, *Divieto di patto commissorio*, in Giur. compl. Cass. civ., 1947, III, p. 368.

²⁹ Cfr. sul punto quanto efficacemente osservato da F. CARIMINI, *Il lease back*, in *Leasing e lease back*, (a cura di) M. IMBRENDA e F. CARIMINI, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2008, p. 356 s., secondo la quale l'inefficacia relativa sarebbe “più appropriata dal momento che vengono fatti salvi i casi nei quali non vi sia una concreta lesione degli interessi dei terzi creditori”; v. anche C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 56C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 214 s.s.; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *En. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 501.

³⁰ Cfr. tale rimedio è ritenuto esperibile anche contro il patto commissorio. Circa l'esperibilità dell'azione ex art. 2091 c.c. anche nei confronti del patto commissorio cfr. F. CARIMINI, o.u.c., p. 357; L. COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, 2 ed., Padova, 1950, p. 148 s.; R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale*, in R. NICOLÒ, V. ANDRIOLI e G. GORLA, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. c.c. a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Libro IV, Della tutela dei diritti, art. 2740-2899*, 2 ed., Bologna-Roma, 1958, p. 227 s.s.; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956, p. 250.

dell'elemento causale³¹. Secondo i fautori di questa teoria, la causa di garanzia, propria del patto commissorio, sarebbe inidonea a sorreggere gli effetti traslativi che derivano dall'inadempimento del debitore.

Nell'ambito delle tesi ordinamentali si inscrivono anche quanti ritengono nulla la pattuizione commissoria in quanto integrerebbe una forma di garanzia reale *atipica*, in violazione della regola del *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia.³² Mentre, per altri, rappresenterebbe

³¹ Cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in Pugliatti, *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, 1951, p. 1358 s.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 54, 64 e 204 s.s.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 170 s.s.; M. FERRARI, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in nota a Cass., 30 novembre 1950, n. 2665, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 799; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 230 s.s.; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, 1970, p. 41 e 47 s.; P. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale lease back*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 539 s.; N. A. VECCHIO, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*, in *Contratti*, 2016, p. 431 ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, nota a Cass., 3 aprile 1989, in *Foro. it.*, 1989, n. 1611, p. 1436 s.s.; G. D'AMICO, *Il contributo di Pugliatti alla dottrina della *fraus legi* e all'interpretazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c.*, in Ciccariello-Gorassini-Tommasini, *Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 239 s.s.; F. G. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 47 s.s.; C. ROMEO, *I limiti applicativi del patto commissorio autonomo*, in nota a Cass., 7 dicembre 1999, n. 13708, in *I contratti*, 2000, p. 555 s.s.

³² In merito a tale profilo cfr. A. CILENTO, *Dal divieto del patto commissorio alla meritevolezza delle garanzie reali atipiche: il contributo della giurisprudenza*, in *De Iustitia*, riv. giur., 6/2020; Cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto Civile – Metodo – teorica e pratica*, Milano, 1951, p. 45; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, nota a Cass., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, p. 1436; F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.* 1946, II, p. 159. In senso contrario, si v. C.M. Bianca, *Il divieto di patto commissorio*, p. 187.

una forma di autosoddisfacimento del creditore, vietata dall'ordinamento per contrasto con il c.d. ordine pubblico economico.³³

Tale impostazione, di carattere pubblicistico, che presuppone l'esistenza di un monopolio statale nelle azioni esecutive sul patrimonio del debitore,³⁴ ritiene che le stipulazioni commissorie rappresentino

³³ Di ordine pubblico si parla in almeno tre accezioni differenti: ordine pubblico economico di protezione, ordine pubblico economico di direzione e ordine pubblico *tout court*. Sull'ordine pubblico economico cfr. F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*, Torino, ed. 2., p. 14; C. OFFE, *Lo Stato nel capitalismo maturo*, Milano, 1977; G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; in chiave comparatistica cfr. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963. In generale sull'ordine pubblico cfr. L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993; A. CERRI, *Ordine pubblico*, Enc. giur. Treccani, XXII, 1990; G. CORSO, *Ordine pubblico e ordine democratico*, Palermo, 1973; ID, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, XII, Torino, 1965; G. B. FERRI, *Ordine pubblico* (dir.priv.), in *Enc.dir.*, Milano, 1980, XXX, p. 1038 s.s.; ID, *L'ordine pubblico, il buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 45 s., il quale segnala l'aderenza del concetto di ordine pubblico alle basi politiche sulle quali si pone lo Stato nascente dalla rivoluzione francese. Cfr. anche M. BARCELLONA, *Ordine pubblico (diritto privato)*, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. del dir.*, p. 927: «l'ordine pubblico come assetto delle relazioni sociali viene alla ribalta solo nel corso dei lavori per la formazione del Code chiamato a sviluppare i principi della Rivoluzione del 1789, e cioè quando un nuovo ordine si era appena insediato e doveva essere protetto dai sussulti e dalle minacce dell'Antico regime»; S. MAZZAMUTO, *Le dottrine generali*, S. Mazzamuto-L. Nivarra (a cura di), *Le dottrine generali e le fonti del diritto privato*, in *Tratt. Mazzamuto*, I. Introduzione al diritto privato, II, Torino, 2021, p. 95 s., secondo cui «non si può trascurare l'insegnamento per cui lo Stato è l'interprete dell'interesse "pubblico"»; U. ALLEGRETTI, *Ordine pubblico e libertà costituzionali*, in *Riv. trim. dir. priv.*, 1976, p. 486 ss; A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, in *Foro it.*, 2006, p. 226 ss. Parte della dottrina si è confrontata anche in ordine alla configurabilità di un ordine pubblico dell'Unione europea, che rinverrebbe la sua origine a partire dagli ordinamenti degli Stati membri, i quali concorrono a conformare giuridicamente la nuova comunità. Ciò troverebbe conferma, sul piano normativo, negli artt. 3 e 6, comma terzo, del Trattato sull'Unione europea, i quali individuano la c.d. «costituzione materiale» dell'Unione, nel consolidamento dei valori provenienti dagli Stati che la formano. Circa la configurabilità di un ordine pubblico dell'Unione europea cfr. O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; v. anche G. DI PLINIO, *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla costituzione economica sovranazionale*, Milano, 2005. Per una critica alla concepibilità di un ordine pubblico dell'Unione europea cfr. G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, *Diritto internazionale privato*, a cura di R. BARATTA, in *Diz. dir. priv.*, promossi da N. IRTI, Milano, 2010, p. 277 s.

³⁴ Cfr. E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699 s.s.; E. ENRIETTI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 21 s.s.

forme di autotutela privata che potrebbero pregiudicare le garanzie processuali della procedura esecutiva poste a tutela del debitore, da un lato, e dei creditori concorrenti, dall'altro.³⁵

Sul punto, altra impostazione ha efficacemente ribadito³⁶ che, in realtà, il nostro ordinamento già conosce e positivizza, anche in chiave deflattiva del contenzioso, delle forme di autotutela esecutiva

³⁵ Cfr. F. CARIMINI, o.u.c., p. 359 s., nt. 973, la quale osserva che la tesi fa discendere la nullità del patto *“dalla necessità di impedire che lo stesso divenga, quale clausola di stile, uno strumento generalizzato di elusione degli strumenti di controllo sul potere di soddisfacimento del creditore approntati dall'ordinamento; strumento che avrebbe diffusione di gran lunga maggiore rispetto alle forme di garanzia previste dal legislatore: la ragione del divieto non risiederebbe dunque nelle singole situazioni di abuso che potrebbero verificarsi in concreto, attenendo in via generale al pregiudizio sociale insito nella diffusione incontrollata di tale forma di garanzia, con conseguente necessità di impedire alla radice il propagarsi della figura, anziché operare in un secondo tempo mediante il controllo giudiziale nel singolo caso”*.

³⁶ Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 137; v. anche G. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrim*, 1984, p. 357 ss.; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 98, per il quale l'autotutela esecutiva sarebbe ammessa solo nei limiti in cui non determini una situazione di approfittamento da parte del creditore.

convenzionale³⁷ quali, emblematicamente, il pegno irregolare³⁸, la

³⁷ Per un'analisi approfondita sull'autotutela privata cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1971.

³⁸ Gli stessi modelli ABI per i contratti di prestito con garanzia di titoli contemplano espressamente la figura del pegno irregolare. Sul pegno irregolare cfr. F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 1960, I, p. 98 s.; A. DALMARTELLO, *Il pegno irregolare*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1950, I, p. 315; ID, *Ancora sul pegno irregolare*, ivi, 1956, II, p. 301 s.s.; ID, *Pegno irregolare*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, XII, p. 801 s., il quale ravvisa nel pegno irregolare gli estremi di un istituto autonomo avente, oltre alla naturale funzione di garanzia, anche una funzione solutoria, precisamente di datio in solutum, risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore alla scadenza 1; V. VITTORIA, voce *Pegno irregolare*, in *Enc. Giuridica*, Roma 1990, p. 3 ss; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXXV, I, Milano, 1973, p. 298 e p. 359; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 294 s.s.; G. GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. al c.c. a cura di Scialoja e Branca*, (artt. 2784-2899), Bologna-Roma, 1968, p. 27. Per la giurisprudenza v. Cass. 24 gennaio 1997, n. 745, in *Il Fallimento*, 1997, p. 967 ss. con nota di PETRAGLIA, *La Cassazione ed il pegno irregolare: un revirement giurisprudenziale*, p. 969 ss.; in *Foro It.*, 1997, I, c. 752 ss.; in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 217 ss.; in *Giust. Civ.*, 1997, I, p. 1563 ss. con nota di DIDONE, *Osservazioni su compensazione e fallimento*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 18 ss.; Cass. 28 agosto 1997, n. 8164, in *Dir. fall.* 1998, II, p. 293 s. con nota di LAPENNA, *Pegno irregolare ed onere di insinuazione al passivo: una questione aperta*; e in *Foro It.*, 1997, I, c. 3163 ss.

compensazione volontaria³⁹, l'eccezione di inadempimento⁴⁰, il patto di

³⁹ Al riguardo cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Napoli, 2019, p. 256 ss.; ID, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1975, sub artt. 1230-1259, p. 256 ss.; P. SCHLESINGER, *Compensazione*, in NN.D.I., III, Torino, 1984, p. 329; F. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile*, (a cura di) M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1948, I, p. 143 ss; C. CICERO, *La compensabilità dei debiti che si originano da una medesima fonte*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2007, 5, p. 1135 ss.; A. SACCHI, voce *Compensazione*, in *Dig. It.*, VIII 3, Torino, 1896-1899, § 13. Una parte della dottrina distingue tra compensazione volontaria e compensazione facoltativa, quest'ultima consistente nella rinuncia di una parte in ordine al rilievo di un'eccezione che impedirebbe di addivenire alla compensazione legale, quale il difetto di liquidità o di esigibilità. Sul punto cfr. le posizioni di M.C. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 509 s.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 502. Per la trattazione dei diversi orientamenti dottrinali che si sono confrontati sui vari profili critici afferenti alla compensazione cfr. C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2002, p. 169 s.

⁴⁰ Sulla qualificazione dell'eccezione di inadempimento in termini di strumento di autotutela esecutiva v. per tutti P. PERLINGIERI, *L'autotutela nella compensazione, nell'eccezione d'inadempimento, nella ritenzione*, in *o.u.c.*, p. 270 ss.

ritenzione⁴¹, la cessione dei beni ai creditori di cui all'art. 1977 c.c.⁴²

⁴¹ In dottrina, conferma questa lettura, oltre a.o.u.c., F. CHERTI, *La ritenzione come forma di autotutela privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 466 s.; F. PARENTE, *Il diritto di ritenzione come strumento di autotutela privata*, in *Annali del Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici*, Taranto, 2019, p. 293 s.s.; sul diritto di ritenzione cfr. *funditus* G. CAZZETTA, *Il diritto di ritenzione tra funzione di garanzia e funzione solutoria*, in *Rivista di diritto bancario*, 3/2020, I, p. 483 s.s., in particolare p. 491 per quanto riguarda le differenze tra ritenzione e pegno; P. BASSO, *Il diritto di ritenzione*, Milano, 2010, 137 ss.; W. D'AVANZO, voce «Ritenzione (diritto di)», in *Novissimo Dig.*, XVI, Torino, 1969, 172 ss.; A. GUARRACCINO, *Il diritto di ritenzione nella legislazione italiana*, Napoli, 1984, p. 14.; F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, III, Padova, 2010, p. 36; G. BONELLI, *Sul diritto di ritenzione dell'immobile a tutela delle ragioni creditorie corrispettive alla consegna*, in *Dir. giur.*, 1934, p. 236 ss.; C. CARAVELLI, *Teoria della compensazione e diritto di ritenzione*, Milano, 1940, p. 29; F. SEMIANI BIGNARDI, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960, p. 9; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, p. 142; M. SOLDAN, *Diritto di ritenzione e realizzo nel contratto di deposito titoli in amministrazione. Le garanzie atipiche e il pegno bancario*, nota a A.B.F., coll. coord., 20 settembre 2013, n. 4808.

⁴² In altri contesti ordinamentali europei il principio di inderogabilità della esecuzione forzata giudiziale è espressamente sancito. Così, ad esempio, in Germania il §1147 del BGB prescrive che la realizzazione delle pretese creditorie sul fondo e sugli altri beni gravati dall'ipoteca avviene in via di esecuzione forzata. Analogamente, in Francia l'art. 742 c.p.c. prevede che qualunque convenzione che stabilisca che in caso di inadempimento, il creditore avrà la facoltà di vendere gli immobili del suo debitore senza seguire le formalità prescritte per l'esecuzione immobiliare, è nulla e si ha per non scritta. Nel nostro contesto ordinamentale, l'argomento intercetta il rapporto intercorrente tra diritto pubblico e diritto privato, sul quale ha avuto notevole impatto il principio di sussidiarietà. In particolare, in merito alla ripartizione delle competenze tra autonomia privata e autorità pubbliche si segnalano i lavori di M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014, secondo cui il potere di autoregolazione conferito ai privati dalle fonti primarie sarebbe rinvenibile in più parti da un lato l'art. 118 c. 4, secondo il quale i poteri pubblici devono favorire “l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”, richiamato da alcune sentenze della Corte costituzionale, tra cui la n. 300 e la n. 301 del 2003, che hanno riconosciuto alle organizzazioni promotrici delle libertà sociali “una competenza originaria e primaria” nelle “materie in cui vengono in rilievo interessi privati seppure a rilievo generale”, come “la ricerca scientifica, la sanità, l'assistenza e beneficenza”. Dall'altro gli articoli 1322 c.c., 2, 3 e 41 della Costituzione, che “riconoscono il potere dei privati di regolare i loro rapporti patrimoniali con forza di legge ed effetti solo fra le parti”, ivi, Vo. I, p. XV s.s., Per un'analisi approfondita circa l'interferenza del principio di sussidiarietà con l'integrazione del contratto cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, cit., p. 394, in cui afferma “La stessa Costituzione discorre oggi di sussidiarietà dell'autonomia negoziale: il nuovo art. 118, comma 2, cost. intende l'attività dei privati, singoli o associati, come attività di regolamentazione in termini di sussidiarietà... Quanto innanzi ridimensiona molto la netta separazione tra interpretazione del contratto e interpretazione della legge alla quale far riferimento per la sua integrazione: entrambi i procedimenti ermeneutici rappresentano aspetti di un unico processo che tende all'interpretazione e alla qualificazione del contratto, come fatto, e all'individuazione della normativa, in parte autonoma in parte eteronoma [...]”.

Se la *ratio* del divieto è la tutela del debitore dal pericolo di un ingiustificato arricchimento del creditore e, quindi, l'arricchimento ingiustificato è elemento costitutivo del divieto di patto commissorio, allora, poiché la cautela marciana evita il configurarsi del rischio di ingiustificato arricchimento, il relativo patto integrerebbe una *species* di patto commissorio valido ed efficace⁴³.

La risposta cambia ove la *ratio* fosse da individuarsi in argomentazioni di carattere ordinamentale.⁴⁴ In tal caso, poiché, per le tesi ordinamentali, la ragione del divieto sarebbe l'inettitudine causale del negozio di garanzia a sorreggere l'effetto traslativo, il patto marciano, nonostante l'elemento di specialità, sarebbe comunque nullo sotto il profilo causale.

Analogamente sarebbe nullo se si aderisse alla prospettiva della tutela del debitore, in chiave non patrimonialistica.

⁴³ Cfr., *ex multis*, Cass. civ. sez. III, 26 aprile 2022, n. 12973; Cass. 844/2020; Cass. 1625/2015; Sezioni Unite n. 1611 del 1989 e n. 1907 del 1989.

⁴⁴ Cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in Pugliatti, *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, 1951, p. 1358 s.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 54, 64 e 204 s.s.; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 230 s.s.; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, 1970, p. 41 e 47 s.; P. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale lease back*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 539 s.; N. A. VECCHIO, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*, in *Contratti*, 2016, p. 431 ss.; G. D'AMICO, *Il contributo di Pugliatti alla dottrina della *fraus legi* e all'interpretazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c.*, in Ciccariello-Gorassini-Tommasini, *Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 239 s.s.; S. PAGLIANTINI, *I misteri*, cit., 181 ss., il quale rileva, in alcune «rappresentative» sentenze (si tratta di Cass. 12 gennaio 2009, n. 437, Cass. 5 marzo 2010, n. 5426 e Cass. 10 marzo 2011, n. 5740), l'indicazione secondo la quale «*la convenzione marciana, per quanto non sia assistita da una presunzione di illiceità, comunque è indice qualificato di una debitoris suffocatio [...] la clausola di stima scaccia il pericolo di abuso sinallagmatico ma è inefficiente rispetto all'illibertà di una vicenda traslativa irreversibile, rilevante funzionalmente ex art. 1344 c.c.*» (l'osservazione è ripresa e sviluppata anche in ID., *Sull'art. 48-bis T.U.B.*, cit., 52; contro questa lettura, v. C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contr.*, 2015, 823 ss., 827 e 841).

Anche in tale ipotesi, infatti, l'elemento specializzante vale a elidere il rischio dell'ingiustificato arricchimento, ma non ad escludere la lesione della libertà morale del debitore.⁴⁵

⁴⁵ Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano, Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 138 s., secondo cui in ipotesi di patto commissorio l'intervento dell'ordinamento non risulterebbe meno efficace se, in luogo della nullità, si fosse prevista una sanzione meno rigorosa, come, ad esempio, l'annullabilità. Cfr. sul punto anche M. C. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Napoli, 2013, p. 218.

Le tesi attualmente prevalenti in dottrina e in giurisprudenza sono quelle che convergono in ordine alla validità del patto marciano⁴⁶.

⁴⁶ Per la dottrina v. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000; ID, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, Annali S.I.S.D.i.C., 2017, p. 1726, il quale osserva che i meccanismi marciani di conio legislativo rappresentano la tipizzazione di un patto già di per sé valido; A. CILENTO, *Il percorso verso l'ammissibilità del patto marciano*, cit., p. 5 s.; F. CARIMINI, *Il lease back*, in *Leasing e lease back*, a cura di M. Imbrenda e F. Carimini, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, IV, Napoli, 2008, p. 362 e p. 364, in cui testualmente “la consapevolezza che si ha della ratio del divieto del patto commissorio come strumento di tutela del debitore, ne esclude la nullità in tutti i casi in cui non sia configurabile un abuso a carico dello stesso. Ciò comporta, pertanto, non solo la liceità del patto marciano, ma di tutte le fattispecie in cui l'equivalenza tra il valore del bene e il valore del credito sia assunta a contenuto del contratto”; G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. Comm.*, 4/2017, p. 583 s.s., il quale osserva che: «Si può peraltro rilevare come il meccanismo (...) di cui al patto marciano, sia presente, almeno indirettamente, anche in altre norme codicistiche: si pensi all'art. 1851, in materia di anticipazione bancaria; all'art. 1963, in merito all'anticresi; all'art. 1982, in tema di cessione dei beni ai creditori e all'art. 2803, riguardante il pegno irregolare»; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Padova, 2017; M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto commissorio*, cit., 6 s.; F. ANELLI, *L'alienazione a scopo di garanzia*, Milano, 1996, p. 429 ss.; ASCOLI, *Patto commissorio nel pegno*, in *Riv. dir. civ.*, 1931, p. 208; A. REALI, *La fiducia a scopo di garanzia, la vendita con patto di riscatto e il divieto del patto commissorio*, in A. GAMBARO, U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, cit., spec. 552 ss.; C. BOTTA, *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana*, in *N. giur. civ. comm.*, 2016, I, 911 ss.; N.A. VECCHIO, *Il divieto*, cit., 2016, p. 431 ss.; F. SCARDINO, *Il contratto di sale and lease back tra causa in concreto e cautela marciana*, in *Corr. giur.*, 4, 2016, p. 486 ss. Per la giurisprudenza, la più compiuta espressione di questo orientamento è in Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, le cui argomentazioni sono seguite da Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075; Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2023, n. 7434; Cass. civ., sez. I, 21 settembre 2022, n. 27615; Cass. 17 giugno 2022, n. 19694; Cass. 26 aprile 2022, n.12973, secondo cui “La clausola in questione, infatti, costituisce un classico patto marciano ossia un patto in base al quale, in caso di inadempimento del debitore, il creditore vende il bene, previa stima, versando al debitore l'eccedenza del prezzo rispetto al credito. Un tale patto infatti rende lecita la vendita in garanzia, ossia evita che questa sia in violazione del divieto del patto commissorio, solo purché le parti abbiano previsto, al momento della sua stipulazione, che, all'epoca dell'inadempimento, sia compiuta una stima della cosa, entro tempi certi e modalità definite, che assicuri una valutazione imparziale, ancorata a parametri oggettivi ed automatici oppure affidata ad una persona indipendente ed esperta, la quale a tali parametri debba fare riferimento”; Cass. civ., sez. II, 17 gennaio 2022, n. 1221; Cass. 2020, n. 844 v. anche Cass. 9 maggio 2013, n. 10986; Cass. 21 luglio 1965, n. 2828; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805; Cass. 30 marzo 1954, n. 988; Cass. 27 novembre 1951, n. 2696; Cass. 21 dicembre 1950, n. 2807; Cass. 21 giugno 1946, n. 732.

Nell'ambito di tali orientamenti, è dato rilevare una cesura tra le tesi che invocano un argomento di carattere normativo e quelle che, viceversa, fanno perno su argomentazioni di carattere sistematico.

L'addentellato normativo è fornito dallo stesso articolo 2744 cc. La circostanza che tale norma non faccia riferimento alla proporzione tra il valore del bene dato in garanzia e l'ammontare del credito garantito testimonierebbe che la *ratio* del divieto graviti in un'orbita non patrimonialistica. Il legislatore non avrebbe voluto vietare l'arricchimento ingiustificato, ma la libertà morale del debitore. Secondo questa impostazione, ne sarebbe conferma il sistema di sanzioni previste dall'ordinamento. In particolare, tale impostazione ha osservato che, quando il legislatore vuole sanzionare la sproporzione, non prevede come sanzione la nullità, ma rimedi di carattere differente⁴⁷ come la rescissione per lesione o la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Ciò confermerebbe che il legislatore, attraverso il divieto di cui all'art. 2744 c.c., non intende evitare la sproporzione, ma tutelare la libertà morale del debitore⁴⁸.

Tuttavia, a tale tesi è stato obiettato, tra l'altro, che talvolta il legislatore commina la nullità anche nelle ipotesi in cui ciò che mira a

⁴⁷ V. C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, p.202; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 51; A. MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 63 ss.; G. RISPOLI, *I Nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 700; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, p. 500 ss.

⁴⁸ Al riguardo v. V. ROPPO, *Il divieto di patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, II ed., 11, Torino, 2008, p. 560; N.A. VECCHIO, *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni*, cit., p. 435; G. RISPOLI, *I Nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, cit., p. 699.

sanzionare è la sproporzione, come avviene nel caso dell'usura pecuniaria ad interessi, di cui all'articolo 1815, comma secondo, c.c.⁴⁹

Anche la tesi, che fa leva su argomentazioni di natura ordinamentale, ha subito critiche da quanti sostengono che la ragione del divieto sia ravvisabile in esigenze di tutela del debitore, in una prospettiva patrimonialistica.

In particolare, è stato osservato che vi sono alcuni negozi che realizzano alienazioni condizionate di beni in garanzia, pacificamente ammessi dall'ordinamento giuridico. Tra questi, vi è la figura del pegno irregolare che realizza un'alienazione a scopo di garanzia risolutivamente condizionata. Esso è ammesso dall'ordinamento in quanto, assistito dalla cautela marciana, impedisce un arricchimento ingiustificato del creditore.

Argomentum a contrario, l'ammissione di alienazioni con scopo di garanzia condizionate, perché assistite dalla cautela marciana, avallerebbe l'assunto secondo cui ciò che il legislatore mira a tutelare col divieto di patto commissorio è la posizione debitoria rispetto ad abusi o a pericoli di abusi da parte del creditore, che potrebbe conseguire un arricchimento ingiustificato.⁵⁰

⁴⁹ Sempre nel senso dell'inadeguatezza della sanzione della nullità rispetto all'esigenza di tutela del debitore contro il rischio di sproporzione, in giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez. II, 9 maggio 2013, n. 10986, in banca dati *www.pluris cedam.utetgiuridica.it* in cui la Suprema Corte ha statuito che “Non vale opporre che sproporzione tra entità del credito e valore del bene [...] non sono espressamente richieste dall'art. 2744 c.c., potendosi replicare che il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha fondatamente presunto alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, che in siffatta convenzione il creditore pretende di regola una garanzia eccedente l'entità del credito”.

⁵⁰ Cfr. F. MURINO, *L'escussione*, in *I contratti di garanzia finanziaria* a cura di E. Gabrielli, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu - F. Messineo (già diretto da L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, V. Roppo, F. Anelli), Milano, 2018, p. 215 s.s.

Invero, questa prospettiva di analisi troverebbe conferma, tra l'altro, propria nella normativa extravagante sopra richiamata che, mossa da obiettivi di tutela del credito, ammette espressamente la tutela marciana.

L'articolo 2 del d.l. n. 59/2016 prevede che, nei contratti di finanziamento, il debito può essere garantito da un'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore. Tale alienazione, pur integrando gli elementi costitutivi del patto commissorio, è eccezionalmente valida ai sensi del d.l. n. 59/2016. La norma, a tutela del debitore, impone una cautela marciana: il creditore ha l'obbligo di restituire l'eccedenza di valore del bene alienato rispetto al credito garantito.

Sul piano delle fonti sovranazionali è, invece, interessante richiamare la direttiva n. 2014/17, c.d. "*mortgage credit directive*".

In attuazione dell'art. 28 della M.C.D., l'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. ha previsto che, fermo restando il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., le parti del contratto possono convenire espressamente che, in caso di inadempimento del consumatore, il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene, comporti l'estinzione dell'obbligazione, anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito o l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Nell'ipotesi in cui il valore dell'immobile, come stimato dal perito, o l'ammontare dei proventi della vendita sia superiore al debito residuo, il consumatore ha

diritto all'eccedenza, prevedendosi, anche in questa ipotesi, una cautela marciana.

I dati normativi sopra richiamati si pongono in linea di continuità con le argomentazioni espresse negli orientamenti maggioritari della dottrina e della giurisprudenza a sostegno della esigenza di tutela del debitore insita nella validità della *cautela marciana*, apposta ai contratti di finanziamento cui accede una garanzia reale. Sul piano sistematico, consentirebbero, inoltre, di ritenere che l'attuale tendenza dell'ordinamento, in linea con quanto espresso a livello unionale, va nel senso della dequotazione del divieto di alienazioni di beni in garanzia sospensivamente condizionate. Tale ultimo aspetto riflette l'evoluzione dell'ordinamento positivo sia in riferimento al rafforzamento delle tecniche di tutela della posizione creditoria, tanto in riferimento alla responsabilità patrimoniale del debitore, di cui emerge l'erosione del principio di universalità e di perpetuità.⁵¹

Se a livello giurisprudenziale l'erosione del dogma dell'intangibilità del principio generale enunciato dall'art. 2744 c.c. passa attraverso la valorizzazione della teoria della causa in concreto⁵² ed una sempre maggiore attenzione allo scopo realmente perseguito dalle parti⁵³,

⁵¹ In questo senso cfr. V. CONFORTINI, *Primato del credito. Responsabilità patrimoniale ed espropriazione privata nell'economia del debito*, cit., p. 220 s.; R. LENZI, *Prestito vitalizio ipotecario*, p. 348 ss.; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Padova, 2017, p. 317 ss.

⁵² Cfr. *ex multis* Cass. civ. S.U. Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 6 marzo 2015, sent. 4628.

⁵³ In proposito cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 355 s., secondo cui, nell'evidenziare che è lo scopo pratico perseguito dalle parti a rilevare la qualificazione dell'operazione negoziale, afferma testualmente “*E' la funzione, dunque, ad incidere sull'identificazione del contratto, è la causa a qualificare il contratto, non l'oggetto, né tanto meno la forma o la struttura [...] Ciò che rileva è individuare l'insieme delle clausole contrattuali e degli effetti legali quale contenuto di quel particolare determinato contratto, a prescindere dalla tipicità o atipicità*”; ID P. Nuovi profili del contratto, Napoli, 1994, p. 424 ss.

è, poi, la specificità delle previsioni contenute nella normativa settoriale a determinare un confinamento del divieto alle ipotesi di sussistenza di un concreto pericolo di approfittamento del debitore.

Sulla scorta della normativa consolidatasi sull'argomento e dell'evoluzione interpretativa, occorrerebbe verificare se le fattispecie marciarie introdotte dalla normativa settoriale rappresentino ipotesi di specialità rispetto al divieto generale di cui all'art. 2744 c.c. e, quindi, tali fattispecie si pongano in un rapporto di genere a specie rispetto alle pattuizioni vietate, fungendo il marciario da mero correttivo, oppure se la normativa settoriale ha introdotto fattispecie aventi, rispetto all'archetipo di cui all'art. 2744 c.c., un'autonoma fisionomia strutturale e funzionale, assistendosi ad una proliferazione degli strumenti di tutela del credito⁵⁴, reclamata dall'autonomia privata ed accolta dal legislatore di settore.

Quale che sia l'alternativa valida, sul piano sistematico va osservato come la clausola marciaria di recente introduzione, nel far fronte all'esigenza di garantire al creditore un sicuro soddisfacimento del diritto sorto con l'obbligazione principale attraverso l'espropriazione del bene oggetto della garanzia, indipendentemente dalla cooperazione del debitore e senza l'intermediazione giudiziale, assurge a *tecnica di rafforzamento dell'appartenenza creditoria*⁵⁵.

Tale circostanza dà ragione e si iscrive nel solco del più ampio dibattito sviluppatosi in dottrina circa la prospettiva di un superamento

⁵⁴ Cfr. V. CONFORTINI, *Primato del credito*, cit., p. 130, "l'elemento che, per lungo tempo, ha costituito la ragion d'essere dell'obbligazione, quel problema sociale della cooperazione composto nelle forme del vincolo relazionale, arretra e lascia, in suo luogo, riemergere l'obiettiva e impersonale volontà economica immediata dell'homo oeconomicus".

⁵⁵ Cfr. V. CONFORTINI, *Primato del credito*, cit., p. 222.

della distinzione -nell'ambito delle situazioni giuridiche soggettive a contenuto patrimoniale- tra situazioni reali e di credito.⁵⁶

⁵⁶ Il tema dell'interferenza tra situazioni reali e di credito è risalente e controverso. Per un'autorevole ed approfondita lettura circa la necessità di un superamento tra situazioni reali e di credito in favore di una teoria generale delle situazioni giuridiche patrimoniali cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 733 s.s. “Le situazioni soggettive patrimoniali sono suscettibili di una trattazione unitaria, anche se non è stata ancora elaborata, in via interpretativa, una normativa comune di riferimento. Questa non si può identificare esclusivamente nel diritto delle obbligazioni o in quello dei rapporti reali, ma va concepita come la sintesi della disciplina di tutti i rapporti patrimoniali [...] La separazione concettuale e normativa tra il settore delle obbligazioni e gli altri rapporti a contenuto patrimoniale, in particolare la proprietà, rappresenta uno dei punti più problematici che trova due prime smentite: ora nella tendenza acquisita a superare la distinzione delle situazioni patrimoniali in assolute e relative e a proporre una trattazione unitaria e comprensiva, ora nell'ampliamento di quella parte della dottrina disposta a concepire non soltanto i c.dd. diritti reali limitati, ma la stessa proprietà, in una prospettiva relazionale [...] La prospettiva relazionale investe la stessa concezione del diritto moderno, chiamato a rompere schemi e concetti individualistici per accentrare l'attenzione su quelli più idonei ad esprimere esigenze di socialità e di solidarietà”; ID, o.u.c., p. 839 s.s. Nello stesso senso P. PERLINGIERI e L. FERRONTI, in P. PERLINGIERI e AA.VV., *Manuale di diritto civile*, p. 207 ss. Cfr. anche A. VILLELLA, *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2000. Sull'argomento cfr. anche L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione (Parte I)*, in *Teoria e Storia del diritto privato*, 2019, p. 11, secondo il quale ciò che avrebbe determinato il ravvicinamento tra situazioni reali e situazioni di credito risiederebbe, in epoca moderna, nel passaggio a sistemi nei quali l'utilità attribuita al creditore diventa “atingibile forzosamente (cioè anche in difetto della prestazione)”, il che “*riconfigura dalle fondamenta il modo d'essere dell'obbligazione*” in quanto “[*trasforma*] il debito da regola di responsabilità in dispositivo preposto all'attribuzione di un'utilità”; G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1991 e in *Saggi di diritto processuale*, I, Milano, 1993, secondo cui “ogni diritto, assoluto o relativo, tendente a una prestazione, positiva o negativa, si presenta come obbligazione al momento del processo”; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria*, Milano, 2004, p. 60 ss; contra v. S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. Dir. Civ.*, dir. Da F. VASSALLI, Torino, 1952, p. 4 ss., in cui pur riconoscendo che il diritto di credito “[...] è un diritto appunto perché il debitore può conseguire il bene anche se l'obbligato volontariamente non adempia [...] questo poter conseguire non è intrinseco al diritto del creditore, come il poter conseguire il possesso del bene è intrinseco al diritto di proprietà: esso attiene alla sua tutela”, aggiungendo che “*mentre nel caso dei diritti reali, la forma propria della tutela è l'accertamento cui fa seguito l'esecuzione in forma specifica, che non è vera esecuzione ma esercizio del diritto sotto il giudiziario controllo imposto dal divieto della ragion fattasi, nel caso dei diritti di credito, la forma propria della tutela è la condanna la quale apre la strada all'esecuzione per espropriazione, che è la sola vera esecuzione forzata*”; C. CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile*, *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Torino, 2018, p. 180 s.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1968, la quale contesta i caratteri dell'immediatezza e della assolutezza quali tratti distintivi dei soli diritti reali.

In questa prospettiva di analisi, la natura del rapporto obbligatorio⁵⁷ ha subito un'inflexione in termini di ridimensionamento della propria componente relazionale e cooperativa, per assumere tratti “dominicali”⁵⁸, propri dei diritti reali⁵⁹, nel rispetto del principio di proporzionalità⁶⁰ e dell'equilibrio negoziale.

⁵⁷ In tema di interferenze tra situazioni reali e di credito cfr. P. PERLINGIERI, o.u.c., p. 849 s., “in questa direzione si spiegano i tentativi di separare l'obbligazione sia dalla sua fonte [...] sia dai rapporti patrimoniali di natura reale e specialmente dalla proprietà, in una sorta di sterile contrapposizione che non intende verificare l'esistenza di punti di contatto, sino a rappresentare come vecchio lo statuto della proprietà e come nuovo lo statuto dell'obbligazione”; G. GRISI, *L'esdebitazione del consumatore*, in *Europa e diritto privato*, 1/2020, p. 1-29.

⁵⁸ Sul tema cfr. V. CONFORTINI, *Appartenenza ed espropriazione privata*, in *Primato del credito. Responsabilità patrimoniale e espropriazione privata nell'economia del debito*, Napoli, 2020, p. 141 ss.; nonché *Il credito come forma di appartenenza*, in a.o.u.c., p. 33 s.s.; M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestrale*, 1987, p. 625 s.

⁵⁹ A. DI MAJO, *Dominio e relazione nell'obbligazione*, in *Europa e Diritto Privato*, II, 2021, p.193 s., per il quale si sta andando verso una “privatizzazione delle forme di escussione della garanzia”; cfr. L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione, Teoria e storia del diritto privato*, 2019/XII, p. 11, secondo cui l'avvicinamento dell'obbligazione al diritto reale è essenzialmente nel fatto che “l'utilità è attingibile forzosamente (cioè anche in difetto della prestazione)”, il che induce a ravvisare “equivalenza funzionale di adempimento ed esecuzione forzata” e la “trasformazione del debito (ormai divenuto obbligazione 'tout court') da regola di responsabilità in dispositivo preposto all'attribuzione di un'utilità”; v. sul mutamento che interessa il ruolo dell'obbligazione nella dinamica della circolazione della ricchezza, in un mercato dei beni correlato al debito e non più al reddito A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed “economia del debito: dinamiche della giustizia e autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 341 ss.

⁶⁰ Sul principio di proporzionalità cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 172; M. IMBRENDA, *Il leasing finanziario. Trilateralità funzionale ed equilibrio del rapporto*, Napoli, 2006, pp. 104, 116 ss.; on riguardo alla portata applicativa del principio di proporzionalità nelle garanzie cfr. *funditus* N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 198 ss.; S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, p. 41 ss; più in generale sul tema F. CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale*, Napoli, 2001, p. 378 ss.; F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, p. 134 ss.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale*, Napoli, 2003, p. 233 ss.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, *passim*; B. MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 235 ss.; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, *passim*; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, Milano, 2020, p. 225 ss.; S. GATTI, *L'adequatezza fra le prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1963, p. 424 ss.

Com'è stato, infatti, osservato dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, *il divieto del patto commissorio non viene in applicazione con riguardo al patto marciano, laddove sia rispettato il principio di proporzionalità*.⁶¹

⁶¹ Cfr. D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, p. 160 ss. In giurisprudenza v. Cass. civ. 28 gennaio 2015 n. 1625, in *Fallimento*, 2015, p. 791: “L'essenziale è che dalla struttura del patto risulti che le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perché il surplus gli sarà senz'altro restituito”.

Capitolo I

Il patto marciano nel credito immobiliare ai consumatori

Premessa

Chiariti i confini esterni dell'istituto, anche in ordine ai profili di liceità del patto⁶² e al rapporto con le stipulazioni commissorie, va osservato come la clausola marciana sia stata oggetto di interesse negli ultimi anni, avendo il nostro legislatore previsto e regolato figure negoziali riconducibili a questo istituto, che in tal modo ha ricevuto una espressa positivizzazione nel nostro sistema ordinamentale.

Nell'ambito dei contratti di erogazione di credito ai consumatori, ciò è avvenuto al fine di realizzare un duplice obiettivo: agevolare l'accesso al credito e, al contempo, neutralizzare il fenomeno di concessione abusiva di credito, prescrivendo a carico del soggetto erogatore⁶³ l'obbligo di valutazione del c.d. merito creditizio⁶⁴.

⁶² Si segnalano alcuni orientamenti minoritari che estendono il divieto del patto commissorio anche al patto marciano. Con varie sfumature, in posizione di contrarietà o di significative perplessità riguardo alla liceità del marciano, v. E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2012, p. 1087 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, 2a ed, p. 316 s.; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, p. 130 ss.; G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in Riv. dir. comm., 1997, I, p. 58 ss.; A. MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in Giur. it., 1994, I, 1; L. RAGAZZINI, *Vendita con patto di riscatto, patto commissorio, patto marciano*, in Riv. not., 1991, I, p. 136 ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in Foro it., 1989, I; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 47 s.

⁶³ L'ente creditizio è definito dall'art. 4 della Direttiva 2006/48/CE, come impresa la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico per conto proprio, o un istituto di moneta elettronica.

⁶⁴ Primariamente previsto dalle direttive comunitarie n. 2008/48 e n. 2014/17200 rispettivamente sul credito al consumo e sui contratti di credito immobiliare poi recepito nel nostro ordinamento nelle disposizioni di cui all'art 124 *bis* e 120-undecies del T.U.B. – impone al finanziatore di procedere

In particolare, per effetto di due provvedimenti legislativi, è stato innovato il Testo Unico Bancario. Si tratta, *rationae temporis*, del d. lgs 21

preventivamente alla verifica della sostenibilità del finanziamento attraverso le informazioni ricevute dal consumatore o, in mancanza, avvalendosi di banche dati pertinenti. Nel solco del principio del prestito responsabile, la previsione di tale obbligo dovrebbe porre rimedio a quei comportamenti poco avveduti dei finanziatori consistenti nell'immettere nel mercato prodotti rischiosi, ossia senza un'adeguata valutazione del merito creditizio del soggetto debitore, ritenendo, tale procedura, un valido modo per trarne profitto trasferendo altrove il rischio di insolvenza. La verifica del merito creditizio del consumatore, nello specifico, deve prescindere da qualsiasi sindacato circa l'opportunità di impiego del denaro prestato, dovendo tenere conto solo della oggettiva ed attuale capacità di rimborso del cliente. Il legislatore nazionale, in sede di recepimento delle direttive, non ha previsto però le conseguenze relative alla violazione di tale obbligo, diversamente da quanto è accaduto in altri Paesi europei. In dottrina cfr. il contributo di A. CILENTO, *La verifica del merito creditizio*, in *Credito immobiliare e diritto dei consumi*, *De Iustitia*, riv. giur., 10/2020, p. 5, per il quale “*La verifica del merito creditizio è necessaria, oltre che per erogare il credito responsabile, per evitare il rischio del sovraindebitamento, nella prospettiva dell'adeguamento del rapporto obbligatorio all'effettiva situazione patrimoniale del debitore, e coerentemente con gli obiettivi dichiarati del legislatore europeo*”.

aprile 2015 n. 72⁶⁵ e del d. lgs 15 dicembre 2017 n. 218⁶⁶, con i quali sono

⁶⁵ Il decreto legislativo 21 aprile 2015 n. 72, atto del Governo n. 256, recepisce e dà attuazione alla Direttiva n. 2014/17/UE (cd. *Mortgage Credit Directive* - MCD) in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali, adottata con l'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori che sottoscrivono contratti di credito relativi a beni immobili (mutui ipotecari). Il decreto legislativo ha attuato la delega contenuta nell'Allegato B, punto 13), della legge 9 luglio 2015, n. 114 (legge di delegazione europea 2014), sulla base dei principi e criteri generali contenuti nella legge stessa, successivamente con il disegno di legge di delegazione europea 2015 (AC.3540) all'articolo 12 sono stati dettati principi e criteri direttivi specifici per l'esercizio della delega legislativa, già conferita al Governo con la citata legge di delegazione europea 2014, (cfr. anche *Dossier* dei Servizi studi di Camera e Senato sulla Legge di delegazione europea 2015). La Direttiva definisce un quadro comune per alcuni aspetti concernenti i contratti di credito garantiti da un'ipoteca o altrimenti relativi a beni immobili residenziali, al fine di accrescere il livello di protezione del consumatore e di potenziare i presidi prudenziali riguardanti la valutazione del merito di credito dei consumatori stessi. Sono quindi definiti standard qualitativi per alcuni servizi, in particolare per quanto riguarda la distribuzione e l'erogazione di crediti attraverso creditori e intermediari del credito. Sono inoltre dettate disposizioni in materia di abilitazione, vigilanza e requisiti prudenziali per gli intermediari. Le disposizioni principali riguardano: le informazioni e le pratiche preliminari alla conclusione del contratto di credito, la definizione di standard qualitativi per i servizi di erogazione di crediti (con l'introduzione di alcune disposizioni in materia di abilitazione, vigilanza e requisiti prudenziali), l'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore, disposizioni in materia di rimborso anticipato, disposizioni in materia di prestiti in valuta estera, disposizioni sulle pratiche di vendita abbinata, la fissazione di principi riguardanti, ad esempio, l'educazione finanziaria, la valutazione degli immobili, le morosità e i pignoramenti. In particolare, la Direttiva stabilisce disposizioni che devono essere oggetto di piena armonizzazione relativamente alle informazioni precontrattuali attraverso il formato del Prospetto informativo europeo standardizzato (PIES) e il calcolo del TAEG. Si ricorda che nel marzo 2003 la Commissione europea ha avviato un processo volto a valutare l'impatto delle barriere che ostacolano la realizzazione del mercato interno dei contratti di credito relativi a beni immobili residenziali. Il 18 dicembre 2007 ha adottato il Libro bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario, nel quale ha annunciato l'intento di valutare l'impatto — tra l'altro — delle opzioni politiche per l'informativa precontrattuale, le banche dati relative ai crediti, il merito di credito, il tasso annuo effettivo globale (TAEG) e la consulenza sui contratti di credito. In seguito la Commissione ha costituito un Gruppo di esperti sulle informazioni storiche sui crediti volto ad elaborare un pacchetto di misure per ottimizzare l'accessibilità, la comparabilità e la completezza dei dati sui crediti. Per un'analisi della Direttiva cfr. R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corriere giur.*, 2015, 823, ss.

⁶⁶ Il decreto legislativo 15 dicembre 2017 n. 218, c.d. Decreto mutui, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 13 gennaio 2018, n. 10, recepisce la direttiva dell'Unione europea 2015/2366/UE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento UE n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE, nonché da adeguamento delle disposizioni interne al regolamento (UE) n. 751/2015, relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta.

stati inseriti, nel T.u.b., due gruppi di norme, recanti, rispettivamente, le fattispecie di “*credito immobiliare ai consumatori*”, collocato negli artt. da 120-*quinquies* a 120-*noviesdecies*, e il “*finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*”.

In relazione ad entrambe le figure di mutuo, il legislatore ha previsto uno strumento che assicura alla banca finanziatrice la possibilità, in caso di inadempimento da parte del privato finanziato, di incamerare un bene immobile, individuato nel contratto, di proprietà del mutuatario o di un terzo, allo scopo di soddisfare le proprie ragioni creditorie, con l'obbligo di corrispondere a quest'ultimo l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito garantito.

Occorre analizzare le due figure separatamente perché riconducibili a piani di valutazione differente.

Restringendo, in questa sede, il campo d'indagine ai negozi aventi funzione di erogazione di credito in favore dei privati, a testimoniare la sistematica estensione dell'indebitamento oltre i rapporti d'impresa, viene in rilievo, unitamente all'ipotesi di cui agli artt. 120 *quinquies* e ss. T.u.b., la fattispecie del prestito vitalizio ipotecario, di cui al comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies* del d.l. n. 203/2005, introdotto dalla legge 2 aprile 2015, n. 44.

Mentre sul finire del secolo scorso la frontiera di smobilizzazione della ricchezza era rappresentata dai beni strumentali dell'impresa e dai

suoi crediti, oggi anche la proprietà fondiaria e, in particolare, quella residenziale, entrano nel *circuito dell'indebitamento e della finanziarizzazione*⁶⁷.

Il credito ipotecario, infatti, diventa uno dei principali sottostanti delle operazioni di cartolarizzazione del credito attraverso cui gli istituti di credito concedono finanziamenti. Ne consegue che le garanzie immobiliari -su cui il patto marciano si innesta-, poiché sono destinate ad essere smobilizzate nell'ipotesi di attivazione del meccanismo marciano, si attestano quale strumento capace di ridurre il rischio di incertezza sul valore della garanzia determinato dal tempo necessario alla sua escussione⁶⁸.

Al riguardo, il primo problema teorico da affrontare concerne la ricostruzione delle figure coniate dal legislatore di settore ed il loro inquadramento nel sistema, soprattutto allo scopo di individuarne la natura giuridica e chiarire i rapporti intercorrenti tra le stesse e altre figure affini.

⁶⁷ In tal senso cfr. testualmente V. CONFORTINI, *Il primato del credito, Responsabilità patrimoniale ed economia del debito*, cit., p. 218 s.

⁶⁸ In merito ai processi di trasformazione della ricchezza proprietaria cfr. C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto contemporaneo*, Torino, 2017, p. 84 ss; EAD, *Legislazione della crisi e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistematica*, in ODCC, 2017, p. 215 ss.; D. POLETTI, "Forme" del godimento con vocazione traslativa: appunti sul leasing immobiliare abitativo, in AdC, 2017, p. 50 ss.; M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Europa e diritto privato*, 2/2020, pag. 757 ss; E. BATTELLI *Proprietà e new properties: la patrimonializzazione dell'immateriale*, 1/2022, p. 49 ss.; più ampiamente cfr. M. CIAN, *La criptovaluta - alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca borsa titoli di credito*, 3/2019, p. 315 ss.

1. La clausola marciana nel credito immobiliare ai consumatori.

Quanto alla prima ipotesi normativa, il legislatore italiano, nel dare attuazione alla direttiva europea n. 2014/17/UE, con il decreto legislativo 21 aprile 2016 n. 72, ha novellato il Testo unico bancario, inserendo in esso gli artt. da 120-*quinquiesdecies* a 120-*noviesdecies*, recanti la disciplina del c.d. “*credito immobiliare ai consumatori*”.

In particolare, il credito immobiliare ai consumatori viene descritto, nel nuovo art. 120-*quinquies* T.u.b., lett. c), come “*un contratto di credito con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato*”.

Dal punto di vista oggettivo, il legislatore ha attribuito alla fattispecie una portata ampia, suscettibile di includere non solo i contratti di finanziamento per l'acquisto di immobili residenziali, ma anche i crediti finalizzati a sostenere i consumi, purché garantiti da un'ipoteca su un immobile anch'esso residenziale.

Parallelamente all'obiettivo di favorire la concessione di credito ai consumatori, il legislatore ha, inoltre, previsto un meccanismo volto ad

evitare i tempi lunghi delle ordinarie procedure esecutive immobiliari, consentendo alle banche di pattuire con il consumatore mutuatario⁶⁹, nel caso in cui si verifichi l'inadempimento di almeno diciotto rate mensili di rimborso del mutuo, il riconoscimento del potere della banca, alternativamente, o di acquistare la proprietà del bene immobile residenziale concesso in ipoteca, o di vendere il bene ipotecato e di soddisfare il proprio credito residuo sul ricavato, restituendo al debitore l'eventuale eccedenza di prezzo.

Il successivo art. 120-*quinquiesdecies*, comma terzo, T.U.B., prevede che, *“fermo quanto previsto dall’art. 2744 c.c., le parti possono convenire, con clausola espressa al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore, l’acquisizione da parte della banca o il trasferimento dell’immobile oggetto di garanzia o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l’estinzione dell’intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile o l’ammontare dei proventi sia inferiore al debito residuo. Se il valore dell’immobile come stimato dal perito ovvero l’entità dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all’eccedenza”*.

⁶⁹ Ai sensi dell’art. 120 *quinquiesdecies*, comma quarto, lett. a), T.u.b., il finanziatore non può subordinare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola marciana da parte del consumatore. In tale ipotesi, poiché il contratto è concluso con un consumatore, verrebbe colpito da un’ipotesi di nullità parziale. Se il contratto, invece, contiene la clausola marciana, ai sensi della successiva lett. b) del comma quarto dell’art. 120 *quinquiesdecies* T.u.b., *se il contratto di credito contiene la clausola, il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza*”. Inoltre, non è possibile avvalersi del patto marciano in caso di portabilità del credito, ai sensi dell’art. 120 *quater*.

Dalla lettura della norma emerge che il legislatore riconnette l'effetto estintivo dell'obbligazione -con conseguente liberazione del consumatore- anche nell'ipotesi in cui il valore del bene oggetto della garanzia sia inferiore all'ammontare del credito garantito. Nell'ipotesi inversa, ove cioè il prezzo conseguito dalla vendita del bene sia superiore all'importo del debito residuo, il finanziatore ha l'obbligo di restituire al consumatore l'eccedenza.

Ai fini tanto dell'effetto estintivo, quanto dell'insorgenza dell'obbligo di restituzione della differenza tra il prezzo realizzato e l'ammontare del debito residuo, è necessario che il valore del bene dato in garanzia sia stimato da un perito.

Dalla disciplina dell'art. 120-*quinquiesdecies* T.u.b. emerge, quindi, che gli elementi costitutivi della convenzione in essa disciplinata sono: l'alienazione da parte del debitore alla banca di un immobile residenziale di sua proprietà gravato da garanzia ipotecaria sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore; la stima del bene da eseguirsi dopo l'inadempimento e con modalità che garantiscano l'imparzialità del perito e l'attendibilità della stessa; l'obbligo della banca di versare al finanziato l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito garantito; l'effetto esdebitativo, cioè la liberazione del debitore con l'estinzione del debito, qualunque sia il valore dell'immobile al momento del trasferimento dello stesso alla banca o della vendita ad un terzo; la predeterminazione da parte del legislatore di un inadempimento

minimo -c-d. *inadempimento qualificato*-, affinché possa attuarsi il trasferimento del bene.

I primi tre requisiti costituiscono elementi essenziali e indefettibili della convenzione marciana e sono sovrapponibili agli elementi strutturali del patto marciano di diritto comune.

In particolare, con riguardo alla stima, il comma quarto, lett. d), stabilisce che essa è eseguita, in data successiva all'inadempimento, da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo⁷⁰ o, in difetto, nominato dal Presidente del Tribunale, con le modalità di cui all'art. 696, comma terzo, c.p.c.⁷¹

In merito alla vendita, invece, la possibilità di uno strumento di esecuzione privata, alternativo al trasferimento dell'immobile in capo al creditore, sembra rappresentare una procedura più snella rispetto alle procedure di vendita eseguite nell'ambito delle esecuzioni forzate giudiziarie, nonché rispetto all'ipotesi di acquisto del bene da parte del creditore, non essendo, in tal caso, necessario l'intervento del perito per l'*aestimatio* dell'immobile. Rispetto a quest'ultima soluzione, l'ipotesi di vendita, non comporta un vuoto di tutela per il consumatore-debitore, atteso che la vendita, sulla scorta del dato testuale della norma, dovrà, comunque, avvenire con "*ogni diligenza*" ed al "*miglior prezzo di*

⁷⁰ La valutazione va eseguita sulla base dei criteri stabiliti dall'art. 120 *duodecies*, secondo quanto prevede l'art. 120 *quinquiesdecies*, comma quarto, lett. c), T.u.b.

⁷¹ Tale norma, in materia di accertamento tecnico d'ufficio, dispone che "*Il presidente del tribunale o il giudice di pace provvede nelle forme stabilite negli articoli 694 e 695, in quanto applicabili, nomina il consulente tecnico e fissa la data dell'inizio delle operazioni*".

realizzo”⁷² e, pertanto, si presume che essa debba essere fatta, dal creditore, nel rispetto dei valori di mercato.

In tal modo, da un lato, è garantita la posizione del debitore-consumatore, esposto al rischio di vendita del proprio bene ad un prezzo vile o al pericolo di una *debitoris suffocatio*, e, dall’altro lato, l’istituto finanziatore soddisfa le proprie ragioni creditorie più velocemente ed in maniera più certa, non correndo i rischi, i costi e gli oneri legati alle procedure esecutive immobiliari. In particolare, con riguardo alla posizione del debitore-consumatore, in assenza di una relazione peritale, eventuali contestazioni di quest’ultimo sulle procedure di vendita potranno essere fatte valere mediante un’apposita azione giudiziaria. Pertanto, in siffatta ipotesi, il controllo giurisdizionale sulla proporzionalità del trasferimento non viene meno, ma è affidato ad un sindacato che, anziché essere *ex ante*, è *ex post* e meramente eventuale.

Sul piano degli effetti, inoltre, va osservato che, nel marciando bancario in argomento, l’effetto traslativo non opera automaticamente al verificarsi dell’inadempimento.

La direttiva *Mortgage Credit* sancisce, infatti, a carico del soggetto erogatore del finanziamento, l’obbligo di una “*ragionevole tolleranza*”⁷³ dinanzi al mancato pagamento del consumatore. Sebbene

⁷² In tal senso, l’art. 28, comma quinto, della Direttiva 2014/17/UE, impone agli Stati membri l’introduzione di “*procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia*”.

⁷³ In proposito v. anche il considerato n. 27 alla Direttiva 2017/14/UE, ai sensi del quale “*ove è possibile è opportuno trovare soluzioni che tengano conto delle circostanze concrete e dei bisogni ragionevoli del consumatore in termini di spese di sostentamento*”.

tale aspetto non sia stato dettagliatamente disciplinato nella normativa interna di recepimento, al fine di un'interpretazione conforme alla legislazione europea, la dottrina ritiene⁷⁴ che il meccanismo marciano operi solo in via residuale, cioè solo dopo che il finanziatore abbia, infruttuosamente, offerto soluzioni alternative, le quali tengano conto delle situazioni peculiari del caso concreto e degli effettivi bisogni del consumatore. Tra queste vi è la riduzione degli interessi, la concessione di un'ulteriore dilazione del pagamento, ovvero la rinegoziazione delle condizioni contrattuali⁷⁵.

1.1. L'inadempimento qualificato

La convenzione marciana apposta al contratto di credito immobiliare ai consumatori non solo non opera automaticamente, ma la sua apposizione nel regolamento contrattuale non preclude la possibilità, per il creditore, di procedere, in alternativa, all'esecuzione ordinaria⁷⁶, mediante l'espropriazione immobiliare. Tuttavia, in tale ipotesi, se al termine dell'escussione mediante esecuzione forzata residui un debito a carico del consumatore -ove cioè la garanzia sia parzialmente incapiente-, il debitore non è liberato e non si produce l'effetto esdebitativo. Pertanto, l'estinzione dell'obbligazione è parziale e la somma dovuta diviene esigibile solo dopo che siano decorsi sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva.

⁷⁴ *Ex plurimis* cfr. M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 3, p. 759 ss

⁷⁵ Soluzione, quest'ultima, che si impone nel caso di erronea valutazione del merito creditizio.

⁷⁶ Sull'escussione della garanzia in via ordinaria cfr. A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ.*, già diretto da CICU-MESSINEO-MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2006, p. 441 ss.

In tal caso, la scelta di ricorrere all'esecuzione forzata ordinaria, in luogo della clausola marciana, determina una sorta di una rinuncia implicita al patto.

In alternativa alla pattuizione marciana, l'ente finanziatore può optare per il rimedio demolitorio della risoluzione per inadempimento, in forza del rinvio contenuto nell'art. 120 *quinquiesdecies*, primo comma, all'art. 40, secondo comma, T.u.b.

Il rimedio demolitorio della risoluzione delineato dall'art. 40, comma secondo, in riferimento al credito fondiario di cui agli artt. 38 ss., T.u.b., fa riferimento a un ritardo nel pagamento delle rate verificatosi almeno sette volte, ancorché non consecutive.

Tuttavia, agli effetti di cui all'art. 40, comma secondo, T.u.b., il ritardo nel pagamento della rata non si identifica con il mancato rispetto del termine contrattuale di adempimento, ma con il pagamento effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata.

Questa soglia di rilevanza dell'inadempimento idonea a legittimare il creditore a chiedere la risoluzione del contratto di finanziamento, non è, invece, sufficiente a legittimare il creditore ad azionare la clausola marciana di cui all'art. 120 *quinquiesdecies*, comma terzo, T.u.b.

In tal caso, infatti, il legislatore domestico, nel recepire la Direttiva c.d. *Mortgage Credit*, ha previsto che l'inadempimento che legittima il ricorso all'attivazione della clausola marciana vada calcolata non sulla frequenza o sulla continuità del ritardo -come è, invece, previsto per l'esperimento dell'azione di risoluzione-, ma sul mancato pagamento di un ammontare

del credito equivalente a diciotto rate mensili, ai sensi dell'art. 120 *quinquiesdecies*, comma quarto, lett. c), T.u.b.

Siccome il legislatore ha espressamente riferito tali soglie di rilevanza dell'inadempimento unicamente al patto marciano, nel silenzio della legge, la dottrina si è interrogata in ordine all'estensibilità di tale soglia anche alle ipotesi in cui il creditore ritenga di esperire le procedure esecutive ordinarie.

La prevalente impostazione della dottrina ha dato soluzione affermativa al quesito⁷⁷, attingendo ad argomentazioni di carattere logico, letterale e sistematico.

Innanzitutto, il patto marciano, nel testo della normativa settoriale, è posto in alternativa all'esecuzione forzata per espropriazione e la *ratio* complessiva della disciplina dell'inadempimento consiste nel relegare il pignoramento dell'immobile ipotecato a *extrema ratio*.

Sul piano letterale, poi, tale impostazione ha osservato come l'art. 28, comma primo, della direttiva n. 2017/14/UE introduce una nozione ampia di “*tolleranza*”, collegandola genericamente all'avvio delle procedure di escussione della garanzia e non solo all'ipotesi di attivazione del meccanismo marciano.

Il profilo della tolleranza è oggetto anche di un'ulteriore linea di intervento prevista nel primo comma dell'art. 120 *quindecies* T.u.b., che

⁷⁷ Cfr. *ex multis*, CHERTI-FOLLIERI-VERDE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, Torino, 2016, p. 221.

prescrive al finanziatore di adottare procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti⁷⁸.

1.2 Le questioni inerenti alla corresponsione degli interessi

Nell'ambito della disciplina delle conseguenze derivanti dall'inadempimento del consumatore -e a tutela di questi-, l'attenzione di una parte della dottrina⁷⁹ si è concentrata sulla previsione normativa contenuta nel secondo comma del citato art. 120 *quindecies* T.u.b., il quale prevede che *“il finanziatore non può imporre al consumatore oneri, derivanti dall'inadempimento, superiori a quelli necessari a compensare i costi sostenuti a causa dell'inadempimento stesso”*.

Al riguardo, il confronto ha riguardato la questione afferente al se tale norma attribuisca alle parti il potere di inserire, nel regolamento contrattuale, una clausola che consenta di fissare il tasso degli interessi moratori in misura più elevata rispetto al tasso previsto per il calcolo degli interessi corrispettivi.

L'interpretazione restrittiva attribuisce all'art. 120 *quindecies*, comma secondo, T.u.b., il significato di autorizzare il debitore a domandare la riduzione delle clausole sugli interessi moratori ove i costi si

⁷⁸ L'art. 120 *quinquiesdecies*, comma quinto, T.u.b., affida, inoltre, alla Banca d'Italia il compito di elaborare regole di dettaglio al fine di attuare l'obiettivo della gestione dei rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti, prestando particolare attenzione agli obblighi informativi e di correttezza del finanziatore, oltre che ai casi di bisogno o di particolare debolezza del consumatore.

⁷⁹ CERTI-FOLLIERI-VERDE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, Torino, 2016; F. PIRAINO, *Il microcredito*, in *I contratti bancari*, Torino, 2016; A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, Padova, 2016.

rivelino superiori a quelli necessari a compensare i costi che conseguono all'inadempimento⁸⁰.

Tale tesi ravvisa nella disposizione in esame la riaffermazione di una prerogativa già riconosciuta al debitore dal Codice civile, nella parte generale sul contratto, all'art. 1384 c.c., in riferimento alla riduzione della penale.

L'impostazione fa perno sulla circostanza che la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria⁸¹ sembrano essere orientate a qualificare le pattuizioni di determinazione convenzionale del tasso degli interessi moratori come clausole penali o per lo meno come meccanismi assimilati a queste ultime. L'elemento di novità apportato da questa impostazione

⁸⁰ CHERTI-FOLLIERI-VERDE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, Torino, 2016, p. 220.

⁸¹ In dottrina cfr. M. FRAGALI, *Del mutuo. Artt. 1813-1822*, in Comm. cod. civ., a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 360; M. LIBERTINI, *Interessi*, in Enc. dir., XXII, Milano, 1972, p. 129; M. C. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in Scialoja-Branca (a cura di), in Comm. cod. civ., Bologna-Roma, 1967; ID, *Diritto civile*, 5, La responsabilità, Milano, 2012, p. 240; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in Tratt. dir. priv., diretto da P. RESCIGNO, 9, Torino, 1984, p. 563; F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in Riv. dir. comm., 1997, p. 778; G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, Torino, 2016; T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, p. 112; ID, *Gli interessi capitali*, Milano, 2001; T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, p. 357; A. RICCIO, *Il risarcimento del maggior danno nelle obbligazioni pecuniarie*, in Contr. impr., 2008; V. SANGIOVANNI, *Interessi corrispettivi e moratori, tasso-soglia usura e clausola penale*, in Danno resp., 2015. Contra cfr. F. PIRAINO, *Usura e interessi*, 2016; L. MUCCIOLI, *Clausole abusive e nullità di protezione: il caso degli interessi moratori eccessivi*, in Riv. dir. comm., 2015, p. 501. Per la giurisprudenza cfr. *ex multis* Cass. 7 aprile 1992, n. 4251; Cass. 17 marzo 1994, n. 2538, in Rep. Foro it., 1994, voce "Interessi", n. 4; ABF, Collegio di coordinamento, 28 marzo 2014, n. 1875, in Nuova giur. civ. comm., 2014, I, 928 ss., con nota di MIZZAU, *La riduzione equitativa degli interessi moratori sproporzionati nell'attuale mercato del credito*; in Contratti, 2015, 25 ss., con commento di VOLPE, *Interessi moratori e usura*; ABF, Collegio di coordinamento, 30 aprile 2014, n. 2666, nn. 4 e 5, in Nuova giur. civ. comm., 2014, I, 482 ss., con nota di VOLPE, *Usura e interessi moratori nel linguaggio dell'Arbitro Bancario Finanziario*; ABF, Collegio di Roma, ord. 17 gennaio 2014, n. 260, *ivi*, 2014, I, 482.

dottrinale sarebbe rappresentato dall'introduzione di un parametro di riduzione dell'ammontare degli interessi moratori diverso dalla manifesta eccessiva onerosità di cui all'art. 1384 c.c. e identificato, invece, nei costi sostenuti a causa dell'inadempimento.

Considerazioni analoghe sono state svolte anche con riguardo alla penale di risoluzione nel contratto di *leasing*, che consente al concedente, in caso di inadempimento dell'utilizzatore, di trattenere le rate scadute e future -o una parte di esse-. Tal pattuizione, *contraddistinta da una funzione di preventiva determinazione del risarcimento e*, al tempo stessa, *compulsoria nei confronti dell'utilizzatore, si sostanzia in una clausola penale*, soggetta alla disciplina generale di cui agli artt. 1382-1384 c.c.⁸² Quel che, nella fattispecie, si mira ad evitare, attraverso l'applicazione della riducibilità della penale, è una eccessiva penalizzazione della posizione dell'utilizzatore a fronte di un ingiustificato arricchimento a vantaggio del concedente⁸³.

Per opposto orientamento, che ravvisa l'esigenza di percorrere una lettura estensiva della disposizione in commento, l'art. 120 *quinquiesdecies*, comma secondo, T.u.b. conterrebbe una limitazione del

⁸² In questo senso cfr. M. IMBRENDA, *Il leasing*, in M. Imbrenda e F. Carimini, *Leasing e lease back*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del notariato*, Napoli, 2008, p. 128 ss.

⁸³ V. M. IMBRENDA, o.u.c., p. 131, in cui testualmente “*nella prospettiva di indagine enunciata il riassetto della situazione patrimoniale delle parti deve essere orientato al canone della proporzionalità sotteso, in primo luogo, alla regola ex art. 1384 c.c. [...]*”. Nello stesso senso cfr, anche A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 152; S. MAZZARESE, *La clausola penale. Artt. 1382-1384*, Milano, 1999; A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*.

risarcimento del danno da inadempimento alla misura degli interessi moratori calcolati al tasso legale⁸⁴.

A tale impostazione è stato obiettato⁸⁵ che la tutela del consumatore non può essere tale da spingersi fino al punto di rendere l'inadempimento economicamente più conveniente dell'adempimento⁸⁶ ed è quello che accadrebbe se l'art. 120 *quinquiesdecies*, comma secondo, T.u.b., venisse inteso come una deroga all'art. 1224, comma primo, secondo periodo, c.c., consentendo di sottrarsi alla *regola dell'allineamento*⁸⁷ e, pertanto, autorizzando il calcolo degli interessi moratori al tasso legale nonostante il contratto preveda la corresponsione di interessi corrispettivi a un tasso più elevato.

Pertanto, ai fini di una perimetrazione della portata applicativa del comma secondo dell'art. 120 *quindecies* T.u.b., è stata prospettata una soluzione intermedia, che assegna a tale disposizione la funzione di contenere l'ammontare del risarcimento, ma nei limiti della misura degli interessi corrispettivi, almeno per tutta la durata del periodo di tolleranza dell'inadempimento -di cui all'art. 40, comma secondo, T.u.b.-, in

⁸⁴ Cfr. A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, Padova, 2016; ID, *Sub art. 28 - Morosità e pignoramenti*, Padova, 2016.

⁸⁵ F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, in *I nuovi marciatori*, Torino, 2016.

⁸⁶ Cfr. AA.VV., *La risoluzione per inadempimento*, ed. Il Mulino; B. MARUCCI, *La risoluzione per inadempimento dei contratti non corrispettivi*, Napoli, 2000.

⁸⁷ Il tasso di mora deve essere necessariamente superiore al tasso di decorrenza, proprio per la mancanza della componente mora, attesa la funzione remunerativa degli interessi di mora -e di quelli corrispettivi-. In ordine al principio di simmetria tra tassi di interesse cfr. Cass. civ. 16303/2018; Cass. Civ. S.U. 18 settembre 2020 n. 19597.

ossequio alla regola prevista dall'art. 1224, comma primo, secondo periodo, c.c.

Solo a seguito di un ritardo ripetutosi per almeno sette volte, anche non consecutive, si attinge al livello di rilevanza dell'inadempimento da cui dipende l'efficacia delle clausole contrattuali sugli interessi moratori, determinando l'applicazione per gli inadempimenti successivi del più alto tasso usualmente previsto dalle condizioni negoziali.

Siccome le clausole sugli interessi moratori sono preordinate alla individuazione a priori dell'entità dei danni da ritardo, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante, e della conseguente limitazione del risarcimento, il raggiungimento della soglia del ritardo nel pagamento di almeno sette rate apre al creditore l'alternativa di risolvere il contratto o di insistere per l'adempimento, ma, in entrambi i casi, è possibile affiancare al risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 1453 c.c.

Sotto questo aspetto, dal punto di vista sistematico, l'invocazione tanto della clausola sugli interessi moratori, quanto del patto marciano, presuppone che il creditore non esperisca l'azione di risoluzione del contratto, poiché, in quanto rimedi manutentivi e non ablativi -a differenza della risoluzione-, la loro efficacia è collegata alla conservazione del contratto⁸⁸.

⁸⁸ Per differente impostazione, ai fini dell'attivazione della clausola marciana, che sia necessario porre in essere strumenti ablativi che impediscano al debitore di adempiere tardivamente. In tal senso cfr. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, Torino, 2016.

1.3 L'effetto esdebitativo automatico tra limitazione della responsabilità patrimoniale e limitazione del debito

Rispetto allo schema classico del patto marciano, così come formulato e pervenutoci dalla tradizione romanistica, la clausola marciana che accede al credito immobiliare ai consumatori -e al prestito vitalizio ipotecario-, presenta un *quid pluris*, rappresentato dalla liberazione del debitore conseguente all'escussione della garanzia -c.d. effetto esdebitativo-, con conseguente estinzione dell'obbligazione, anche qualora l'ammontare del debito residuo sia superiore al valore del bene o al ricavato della vendita.

La regola per la quale l'obbligazione del consumatore-debitore si estingue anche nell'ipotesi di garanzia incapiente, cioè qualora il valore del bene in garanzia sia inferiore all'ammontare del debito residuo, sembra determinare una limitazione della responsabilità patrimoniale di quest'ultimo al valore del bene dato in garanzia.

La previsione risponde ad evidenti intenti protezionistici a vantaggio del consumatore⁸⁹ -al quale il contratto di credito è, normalmente, predisposto unilateralmente dal professionista per adesione-, soggetto ritenuto, nella fattispecie, due volte debole: sia in quanto consumatore, sia in quanto bisognoso dell'erogazione del credito.

La limitazione si ripercuote sull'estinzione dell'obbligazione, collegandola all'acquisizione della proprietà dell'immobile dato in garanzia o all'attribuzione del prezzo della sua vendita anche qualora il valore del bene sia inferiore all'ammontare del credito residuo.

Una parte della dottrina ha ritenuto che la previsione incida sulla struttura del vincolo obbligatorio, trasformando il tradizionale oggetto del contratto di finanziamento individuato nella prestazione semplice di dazione di una somma di denaro in un oggetto complesso che consiste in un'obbligazione alternativa di dare somma di denaro o, in alternativa, di trasferimento del bene o del ricavato della sua vendita⁹⁰.

⁸⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992; P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933 ss.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 423 ss.; A. TRABUCCHI, *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 703 ss.; M. CARTABIA, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Dalla comunità economica europea verso l'Unione europea: problemi e prospettive per il futuro*, a cura di G. Savio, Padova, 2001; F. CUOCOLO, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 587 ss. 44 cfr.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, *ivi*, 1987, p. 427 ss.; G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 257 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231 ss. 45. Per un'analisi circa la differenza tra la nozione di consumatore e quella di risparmiatore-investitore cfr. S. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 4 ss.; R. NATOLI, *Il contratto adeguato*, Milano, 2012, p. 133; *amplius* cfr. A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 26.

⁹⁰ A. BERTOLINI, *Sub art. 28 - Morosità e pignoramenti*, 2016, p. 495 s.

Tuttavia, tale impostazione non pare tener conto del dato letterale.

Infatti, nella disciplina prevista negli artt. 1285 e ss. del Codice civile in tema di obbligazioni alternative, la scelta della prestazione da eseguire tra quelle dedotte *in obligatione* è rimessa, di regola e salvo diverso accordo, al debitore. Viceversa, nella disciplina sul prestito immobiliare ai consumatori, l'attivazione della clausola marciana e la conseguente scelta tra trasferimento del bene oggetto della garanzia o attribuzione del ricavato della vendita è rimessa alla volontà del creditore.

La possibile disparità del valore delle due prestazioni alternative, legata all'eventualità ammessa che il valore del bene al momento dell'inadempimento sia inferiore all'ammontare del credito residuo senza che ciò incida sull'efficacia estintiva del trasferimento della titolarità dell'immobile o dell'attribuzione del prezzo ottenuto dalla sua vendita, ha indotto parte della dottrina a ritenere che ciò solleciti calcoli efficientistici del debitore, ispirati alla teorica anglo-americana dell'*efficient breach*⁹¹,

⁹¹ La teoria dell'*efficient breach*, in italiano teoria dell'inadempimento efficiente, è una teoria giuridico-economica formulata nell'ambito dell'analisi economica del diritto, di ascendenza anglo-americana. Sull'argomento cfr. M.A. EISENBERG, *Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law*, in 93 Calif. L. Rev., 2005, p. 975; POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen, 2003; BIRMINGHAM, *Breach of Contract, damages measures and economic efficiency*, in Rutgers L. Rev, 1970; GOETZ-SCOTT, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensatory Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, in Col. L. Rev, 1977; SCALISE JR., *Why No "Efficient Breach" in the Civil Law?: A comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, in Amer. J. Comp. L., 55, 2007. Nel panorama dottrinale italiano, in senso favorevole cfr. G. AMADIO, *Le deroghe convenzionali alla disciplina della risoluzione per inadempimento*, studio 160/2020, Consiglio Nazionale del Notariato; F. COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadr.*, 1988, p. 480 ss.; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino 2008; ID *Pene private e*

determinando una limitazione del debito. L'impostazione, in particolare, ha posto in rilievo il fatto che la stessa logica dell'esecuzione può, in determinate ipotesi, cedere il passo a una valutazione di maggior convenienza dell'inadempimento, mediante la previsione pattizia dei rimedi sinallagmatici.⁹²

Tuttavia, in proposito, occorre considerare che la scelta tra l'escussione della garanzia secondo le regole ordinarie e il ricorso al trasferimento del bene o alla vendita satisfattiva è rimessa al creditore.

Invero, la tesi che ravvisa nella disposizione in esame un'ipotesi di riduzione dell'ammontare del debito, si iscrive nel solco di quelle impostazioni che ravvisano nelle ipotesi anzidette non una limitazione della responsabilità patrimoniale, ma un'ipotesi di riduzione del debito. Tale impostazione non sembra, tuttavia, essere supportata da elementi sistematici⁹³.

responsabilità civile, Milano, 1996; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. ROPPO, *Rimedi (2)*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006. In senso contrario alla compatibilità della teoria dell'*efficient breach* con l'ordinamento italiano cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 128 s.; E. GABRIELLI, *Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Artt. 1218-1276, Torino, 2013, p. 146; F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1459, Milano, 2007; C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011; P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012. Un'impostazione dottrinale isolata, invece, pur negando valenza prescrittiva alla teoria dell'*efficient breach*, le assegna valenza solo descrittiva, cfr. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, p. 473 ss.

⁹² Sull'argomento cfr. C. CONSOLO, I. PAGNI, S. PAGLIANTINI, V. ROPPO, M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018; E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti* diretto da Pietro Rescigno e Enrico Gabrielli, Torino, 1999.

⁹³ Per una lettura approfondita circa il rapporto tra debito e responsabilità v. A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010; G. D'AMICO, *La responsabilità patrimoniale tra tutela e solutio*, in *La responsabilità patrimoniale sostenibile*, Torino, 2023, p. 60 ss.; G. MEO, *Le limitazioni della*

Una diretta limitazione del debito dovrebbe, infatti, determinare una riduzione della prestazione pecuniaria dovuta dal debitore al valore del bene immobile dato in garanzia a una determinata data -ad esempio dopo il trascorrere del periodo di tolleranza rilevante ai fini dell'inadempimento-, ma ciò incide sull'oggetto dell'obbligazione in maniera definitiva, con la conseguenza che il debitore potrebbe liberarsi dal vincolo adempiendo tardivamente tramite il pagamento di una somma pari al valore del bene dato in garanzia.

Ne discende che la prestazione resta quella originariamente dedotta e che il debitore non può sanare il proprio iniziale inadempimento se non mediante la dazione delle rate insolute, inclusive degli interessi corrispettivi e moratori.

Siccome la norma autorizza un'estinzione del debito mediante una procedura di esecuzione privata affidata all'acquisizione da parte del creditore della proprietà dell'immobile dato in garanzia o all'attribuzione a costui del prezzo della vendita sino alla concorrenza del credito residuo, è allora evidente che l'effetto estintivo rappresenta un riflesso della limitazione della responsabilità patrimoniale collegata all'invocazione del patto marciano da parte del creditore. Immutato l'oggetto dell'obbligazione, il debito si estingue in conseguenza dell'applicazione di una regola di responsabilità patrimoniale che circoscrive l'esposizione del debitore al valore del bene dato in garanzia⁹⁴.

responsabilità patrimoniale con efficacia inter partes e i non-recourse e limited loans, in *La responsabilità patrimoniale sostenibile*, Torino, 2023, p. 121 ss.

⁹⁴ In tal senso cfr. G. GRISI, *L'esdebitazione del consumatore*, in *Europa e diritto privato*, 1/2020.

1.3.1 (segue) relazione tra debito e responsabilità

Invero, nel caso di specie, si è in presenza di una inedita relazione tra debito e responsabilità⁹⁵, riconducibile alla dicotomia che si è confrontata in dottrina tra teorie personalistiche e teorie patrimoniali.⁹⁶

Invero, l'elemento da cui trae origine il contrasto dottrinale attiene all'individuazione dell'oggetto del contratto.

Per le teorie personalistiche l'oggetto dell'obbligazione è il comportamento del debitore, e cioè la prestazione dovuta.⁹⁷

Tuttavia, siccome il rapporto di debito non conferisce, di per sé, al creditore il potere di costringere il debitore ad adempiere, affinché il

⁹⁵ In dottrina, coglie i profili evolutivi del rapporto intercorrente tra debito e responsabilità A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014, osserva che "debito e patrimonio, un tempo fratelli separati, nelle più recenti evoluzioni del diritto privato si presentano reciprocamente implicati secondo un rapporto di causa ed effetto"; A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, 2010; A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005; A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed economia del debito: dinamiche della giustizia e autonomia privata*, Napoli, 2017, in cui osserva che nei contratti di credito bancario "la dialettica debito-responsabilità patrimoniale assume, date le circostanze economiche attuali, un particolare rilievo. Osservazione ovvia: in un contesto nel quale non è l'inadempimento, isolatamente considerato, a venire in rilievo, ma uno stato di indebitamento sovente tracimante nell'insolvenza, la gestione collettiva o comunque concordata della crisi del debitore cessa di essere appannaggio del solo imprenditore commerciale e diventa, secondo l'idea neoliberale di fare dell'impresa il modello sociale universale, paradigma generalizzato, favorendo così una ridefinizione su base negoziale della responsabilità patrimoniale in rapporto ai debiti contratti".

⁹⁶ Per un'analisi approfondita circa le teorie patrimoniali e personali cfr. M. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto delle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001, p. 257 s.; L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 s.s.; M. C. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, Milano, 2019; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Bologna, 1988; M. GIORGIANNI, *Corso di diritto civile. L'obbligazione: concetti generali, i soggetti*, Varese, Soc. Tip. Multa Paucis, 1959.

⁹⁷ Tra i principali esponenti di questa teoria cfr. P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIX, Milano, 1979, p. 143, che descrive l'obbligazione dal punto di vista del debitore come un dover prestare, dal lato del creditore come il potere di pretendere e concepisce il diritto di credito come un diritto ad un'attività del debitore; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964; B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, trad. it. Fadda - Bensa, Torino, 1904.

creditore abbia questo ulteriore potere l'orientamento riteneva necessario che, accanto al rapporto di debito (*Schuld*), vi fosse anche il rapporto di responsabilità (*Haftung*).⁹⁸

Per l'effetto, a mente di tali impostazioni, più risalenti, l'obbligazione si presenterebbe come sintesi dei due elementi del debito e della responsabilità patrimoniale, ascrivendo quest'ultima nella struttura dell'obbligazione, quale elemento costitutivo, quindi interno. L'impostazione traeva argomento letterale dall'art. 1948 del Codice civile del 1865 -che rappresentava il precedente storico dell'art. 2740 c.c.-, secondo il quale “*Chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri*”.

Da tale disposizione normativa, la riferita teoria inferiva l'idea che la responsabilità patrimoniale gravante sul debitore fosse una forma di *solutio* dell'obbligazione, cioè una forma di attuazione del diritto di credito.⁹⁹

⁹⁸ La dottrina tedesca dello *Schuld und Haftung*, da cui la corrente in argomento trae origine, concepiva il debito come un rapporto giuridico bilaterale, consistente da un lato nel dover prestare (*Leistensollen*), dall'altro lato nel dover ricevere (*Bekomensollen*) e sosteneva che il rapporto di debito si esauriva nel concetto di dovere. Era soltanto il diverso rapporto di responsabilità che permetteva al creditore di costringere il debitore ad adempiere. Sul punto cfr. O. VON GIERKE, *Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht insbesondere die Form der Schuld und Haftungsgeschäfte*.

⁹⁹ Questo filone fa capo alla teoria di A. BRINZ, *Kritische Blätter Civilistischen Inhalts*, Goldbach, 1997; O. VON GIERKE, *Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld und Haftungsgeschäfte*, Breslau, 1910, p. 1 s.s. Tra i maggiori esponenti nel panorama dottrinale italiano cfr. G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni (secondo il diritto civile italiano)*, Torino, 1927; C. GANGI, *Il concetto dell'obbligazione e la distinzione tra debito e responsabilità*, 1951; C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1916. Invero, la scomposizione dell'obbligazione nei due elementi del debito e della responsabilità ha dominato il dibattito della civilistica italiana del primo Novecento ed era strumentale all'obiettivo scientifico di accreditare una o l'altra teoria del diritto soggettivo e, in particolare, di costruire dogmaticamente casi di

Tale impostazione è rimasta in auge fino agli albori del vigente Codice civile. Invero, ancora l'art. 2 del Progetto preliminare al Codice civile del 1942, che racchiudeva una versione embrionale dell'attuale art. 2740 c.c., attribuendo alla responsabilità patrimoniale un ruolo centrale nella struttura dell'obbligazione, sembrava obliterare le tesi che qualificavano la responsabilità patrimoniale come un elemento intrinseco alla struttura del rapporto obbligatorio.

Senonché, la collocazione dell'art. 2740 c.c. nell'alveo del Libro VI del Codice civile, dedicato alla *tutela dei diritti*, ha prestato il fianco a quegli orientamenti dottrinali favorevoli ad un ripensamento dell'oggetto dell'obbligazione e, quindi, ad attribuire una diversa collocazione alla responsabilità patrimoniale rispetto alla struttura del rapporto obbligatorio.

debito senza responsabilità - i.e. le obbligazioni naturali- o ipotesi di responsabilità senza debito -come ad esempio la responsabilità del terzo datore di ipoteca, del fidejussione, l'ipotesi del debito fondiario, la responsabilità del socio per le obbligazioni contratte in nome delle società di persone-. Cfr. R. NICOLO', *Della responsabilità patrimoniale, artt. 2740-2741*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, p. 3 s.; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione tra ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1955, I, p. 148 s.s.; ID, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 521 s.s. Sul confronto dottrinale v. N. IRTI, *Un dialogo tra Betti e Carnelutti*, in *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006, p. XI s.; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966.

Per le teorie c.d. oggettive o patrimoniali¹⁰⁰, infatti, l'oggetto dell'obbligazione è il bene dovuto -intorno al quale hanno costruito la nozione di rapporto obbligatorio-, raggiungibile dal creditore indipendentemente dalla volontà del debitore. Tali teorie si radicano, da un lato, sull'incoercibilità del comportamento del debitore e, dall'altro, sugli istituti dell'adempimento del terzo e dell'esecuzione forzata in forma specifica, la cui esistenza dimostrerebbe l'indifferenza del sistema normativo per la condotta del debitore.

In particolare, valorizzando l'argomento sistematico, le impostazioni c.d. patrimoniali qualificano la responsabilità patrimoniale come elemento estrinseco dell'obbligazione, non strutturale¹⁰¹. Per

¹⁰⁰ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953; F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in Riv. dir. comm., 1915, I, 525 s.s.; R. NICOLO', voce *Adempimento*, in Enc. dir., Vol. I, Milano, 1958, 1021 s.s. Nell'alveo delle teorie patrimonialistiche, è dato rilevare posizioni differenti tra E. Betti e R. Nicolo'. Per il primo la responsabilità è elemento coesenziale al concetto di obbligazione, mentre per R. Nicolo' la responsabilità è oggetto di una norma secondaria sanzionatoria esterna, la quale assiste l'obbligazione dall'esterno come una tutela. Analogamente, tra i tre autori sopra citati, ferma restando l'inderogabilità della responsabilità patrimoniale e il monopolio statale sull'esecuzione forzata, sussiste una eterogeneità di visione in ordine alla natura dell'art. 2740 c.c. Per E. Betti, tale norma avrebbe natura sostanziale, mentre per gli altri due A. l'art. 2740 c.c. sarebbe una norma processuale. In prospettiva evolutiva di superamento delle concezioni analitiche e per una dogmatica unitaria delle situazioni giuridiche a contenuto patrimoniale, cfr. le interessanti riflessioni svolte da P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni fra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 25 s., per il quale lo 'statuto del rapporto' è raffigurato come ordinamento "di interessi variamente correlativi, ciascuno dei quali individuabile nella sua rilevanza giuridica soltanto in relazione con gli altri e non tanto a fini delimitativi e di confini, ma di reciproca funzionale coesistenza" e p. 39 s., in cui l'A. osserva che il rapporto obbligatorio è inteso come regolamento, composizione di interessi aperta e funzionale ai "valori di fondo che caratterizzano l'ordinamento"; ID, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 525 s.s.

¹⁰¹ L'estraneità della responsabilità patrimoniale alla struttura dell'obbligazione trova conferma in P. PERLINGIERI e L. FERRONI, *Caratteri e funzione della responsabilità patrimoniale*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2022, p. 294 s.s. Si collocano nel solco di questa impostazione U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA-P. ZATTI, Milano, 1991, p. 69; A. MORACE e PINELLI, *Atti di destinazione trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 52 s.s.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Cod. civ. commentato Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2010; in particolare cfr. R. NICOLO', *Della responsabilità patrimoniale*,

l'effetto, la responsabilità patrimoniale si configura quale rimedio all'inadempimento e non quale forma di adempimento.

La relazione tra debito e responsabilità è stata rielaborata nel contesto unionale¹⁰² -da cui trae origine la normativa di settore in tema di marciano bancario- nella forma di un'influenza della seconda sulla estinzione del primo, in ragione della circoscrizione convenzionale della responsabilità patrimoniale relativa a quello specifico vincolo contrattuale di finanziamento.

Il meccanismo è assai significativo perché consente alle regole di responsabilità patrimoniale, che nella concettualizzazione contemporanea rappresentano il versante esterno dell'obbligazione¹⁰³, di riflettersi sul vincolo sostanziale, decretandone l'estinzione e non già

in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2 ed., 1955, il quale afferma testualmente che “[...] il criterio sistematico seguito dal nuovo legislatore dimostra che la concezione che è prevalsa è appunto quella della scissione tra debito e responsabilità, ma non nel senso che si tratti di due elementi della medesima entità, bensì nell'altro, prevalso nella più moderna dottrina, che la responsabilità del debitore e il correlativo potere del creditore di agire sui beni del primo per la realizzazione del suo diritto, si configura come una situazione giuridica autonoma, se pure strumentale rispetto all'obbligazione [...] La responsabilità patrimoniale è in altri termini configurata come un mezzo di tutela del diritto del creditore, ossia come uno strumento coattivo per la realizzazione del diritto, che appunto perciò non è un elemento intrinseco del rapporto obbligatorio, ma un momento estrinseco”; tali considerazioni sono riprese da F. MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 1/2015, p. 6. Non manca, poi, la discussione circa la configurabilità, in via eccezionale, di un debito senza responsabilità patrimoniale, come per l'obbligazione naturale, oppure ipotesi di responsabilità senza debito, come nel caso della fideiussione, del pegno o dell'ipoteca concessi da un terzo ovvero in ipotesi di pegno o ipoteca per un debito condizionato o futuro.

¹⁰² Per una lettura circa i rapporti tra normazione domestica e ordinamento unionale cfr. P. PERLINGIERI, *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1997, p. 85 ss.; B. CONFORTI, *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1976, c. 542; Id., *Diritto internazionale*, Napoli, 1995; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 12; H.G. SCHERMES, *The European Communities bound by fundamental human rights*, in *Comm. Market L. Rev.*, 1990, p. 255.

¹⁰³ Cfr. G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Padova, cit., p. 26 s.s.

in conseguenza della modificazione del suo oggetto, né in termini di una trasformazione in obbligazione alternativa oppure con facoltà alternativa o sulla scorta di un generico effetto esdebitativo, bensì come ricaduta dell'impiego dei mezzi patrimoniali -nel caso di specie, di un bene immobile- destinati alla soddisfazione forzata dell'interesse creditorio.

In questa ipotesi normativa -i.e. il credito immobiliare ai consumatori-, infatti, la clausola marciiana s'innesta su una garanzia reale tradizionale, consistente nella ipoteca concessa alla banca sul bene che forma oggetto del patto marciano.

Sotto tale aspetto, e ritornando ai profili strutturali, non è previsto un patto marciano autonomo, cioè sganciato dall'esistenza di una garanzia reale¹⁰⁴, come invece avviene, normalmente, nella disciplina di cui all'art. 48 *bis* T.u.b.

1.4 L'estinzione anticipata del contratto di credito immobiliare ai consumatori

Il principio di diritto sancito con la sentenza *Lexitor* dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁰⁵, consistente nell'affermazione della spettanza in capo al consumatore, che rimborsi

¹⁰⁴ Nell'ipotesi esaminata, come anche nel prestito vitalizio ipotecario, il patto marciano si configura come *pactum adiectum*.

¹⁰⁵ Causa C-383/18: «L'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore».

anticipatamente, in tutto o in parte, il finanziamento, di un diritto alla riduzione del costo del credito, che include tutti gli interessi e i costi posti a carico del consumatore, purché rientranti nel *costo totale del credito* ai sensi dell'art. 121, comma primo, lett. e), T.u.b.¹⁰⁶, trova espressione, sul piano delle fonti interne, nel nuovo articolo 125 *sexies* T.u.b., il quale, al primo comma, dispone che *«il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte»*.

Nel convertire il d.l. 25 maggio 2021, n. 73, la l. 23 luglio 2021, n. 106 ha realizzato, mediante l'articolo 11 *octies*, comma primo, la riformulazione della disciplina regolatrice dell'estinzione anticipata del contratto di credito ai consumatori, contenuta nell'art. 125 *sexies* T.u.b.

Ai contenuti di trasposizione della disciplina europea ora menzionata si aggiungono due elementi di regolamentazione ulteriore. Uno regolato dal secondo comma del nuovo art. 125 *sexies* T.u.b. nel senso del tentativo di specificazione operativa della regola, fissata nella sentenza *Lexitor*, che vuole la riduzione del credito

¹⁰⁶ Ai sensi dell'art. 121, comma primo, lett. e), T.u.b. *«indica gli interessi e tutti gli altri costi, incluse le commissioni, le imposte e le altre spese, a eccezione di quelle notarili, che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza»*. Inoltre, chiarisce il comma 2° del medesimo art. 121 t.u.b. che *«nel costo totale del credito sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte»*.

avvenire secondo un criterio di commisurazione riferito alla «*restante durata*» del contratto. Un altro principio, regolato dal successivo comma terzo, che va nel senso di dettare i rapporti interni tra finanziatore e intermediario del credito, in conseguenza di fenomeni di estinzione anticipata.

Inoltre, in aggiunta alla riformulazione dell'art. 125 *sexies* T.u.b., l'art. 11 *octies* della legge 25 maggio 2021 detta, nel comma secondo, la seguente disposizione di diritto intertemporale «*l'articolo 125-sexies del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come sostituito dal comma 1, lettera c), del presente articolo, si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*», mentre «*alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti*».

Con riferimento al comma terzo della nuova disposizione, in esso si trova affermata la sussistenza in capo al finanziatore, «*salva diversa pattuizione*», di un diritto di regresso verso l'intermediario del credito, nella misura «*dell'importo rimborsato al consumatore relativa al compenso per l'attività di intermediazione del credito*».

Tale disposizione conferisce al finanziatore il diritto di recuperare alcune somme dall'intermediario del credito -i.e. agenti in attività finanziaria o mediatori creditizi-.¹⁰⁷

Un profilo perspicuo del nuovo articolo 125 *sexies* T.u.b. si ravvisa, inoltre, nel comma secondo, dove il legislatore impone all'intermediario di pattuire con il consumatore il criterio di quantificazione della riduzione del costo del credito da adottarsi nell'ipotesi di rimborso anticipato, segnando un'alternativa possibile tra due distinti criteri: il criterio di *proporzionalità lineare* e il criterio del *costo ammortizzato*, identificando quest'ultimo come criterio di *default*.¹⁰⁸

Ferma l'immanenza alle discipline di trasparenza¹⁰⁹ di un principio di maggior tutela del cliente, che trova compiuta emersione sul piano rimediale *-sub specie* della nullità a vantaggio del consumatore ai sensi dell'art. 127 T.u.b.-, ma deve ritenersi dotato di un'area di operatività estesa all'intera lettura del rapporto

¹⁰⁷ Ai sensi dell'art. 120 *quinquies*, comma primo, lett. g), T.u.b.: «“intermediario del credito” indica gli agenti in attività finanziaria, i mediatori creditizi o qualsiasi altro soggetto, diverso dal finanziatore, che nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale svolge, a fronte di un compenso in denaro o di altro vantaggio economico oggetto di pattuizione e nel rispetto delle riserve di attività previste dalla legislazione vigente, almeno una delle seguenti attività: 1) presentazione o proposta di contratti di credito ovvero altre attività preparatorie in vista della conclusione di tali contratti; 2) conclusione di contratti di credito per conto del finanziatore».

¹⁰⁸ Ai sensi dell'art. 125 *sexies* T.u.b. «I contratti di credito indicano in modo chiaro i criteri per la riduzione proporzionale degli interessi e degli altri costi, indicando in modo analitico se trovi applicazione il criterio della proporzionalità lineare o il criterio del costo ammortizzato. Ove non sia diversamente indicato, si applica il criterio del costo ammortizzato».

¹⁰⁹ In materia di regole di comportamento e trasparenza bancaria cfr. A. CILENTO, *I doveri di informazione del consulente finanziario tra regole di validità e regole di responsabilità*, in Quaderni de *Il foro napoletano*, 18, Napoli, 2017, p. 21 s.s.; E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in *I contratti bancari (a cura di)*, Torino, 2/2021, p. 22 s.s.

banca-cliente,¹¹⁰ è l'art. 117, commi quarto e settimo, T.u.b. a esprimere, in termini generali, un simile paradigma.

In particolare, ai sensi del comma quarto, la violazione dell'obbligo di indicare i tassi d'interesse, i prezzi e ogni altra condizione praticata -e non vi è dubbio che la definizione del piano di ammortamento costituisca una condizione praticata, nella misura in cui incide sul concreto svolgersi del rapporto¹¹¹- comporta un regime sostitutivo penalizzante per il finanziatore e costruito su due criteri alternativi, la scelta tra i quali dipende, *secundum eventum*, da quello che sia nel concreto «più favorevole per il cliente -comma settimo, lett. a) e b).

In tutti quei casi in cui il criterio sia presente, ma formulato in termini non trasparenti -ad esempio con modalità non aderenti alla legge e con le indicazioni che sul punto deriveranno da una modifica delle Disposizioni di Trasparenza, come pure nel caso di contraddizione tra foglio informativo e contratto o documento di sintesi-, trovi applicazione non già la regola in questione, bensì l'art. 35, comma secondo, del Codice del consumo, ai sensi del quale “*in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore*”. Non solo ciò consegue alla corretta

¹¹⁰ Nel senso dell'esistenza di una *regola di protezione la quale* «*impone all'interprete una lettura dell'intera dinamica del rapporto tra impresa bancaria e cliente che sia tesa a valorizzare le differenze sussistenti tra queste tipologie di soggetti (impresa e cliente qui assunti, naturalmente, in termini espressivi di una posizione seriale e quindi di una categoria), per declinarla adeguatamente sul piano disciplinare*», cfr. A. DOLMETTA, *Disciplina di trasparenza e principio di trasparenza*, in *Arbitro Bancario e Finanziario*, diretto da Conte, Milano, 2021, p. 201.

¹¹¹ Cfr. in proposito le decisioni dell'ABF n. 595/2011 e n. 359/2012.

identificazione del presupposto applicativo della regola, che è limitata alla mancata pattuizione “*ove non sia diversamente indicato*”, ma risponde anche a ragioni di conformità al diritto unionale, dal momento che la disposizione recepisce l'art. 5 della direttiva 93/13/CEE.

Quanto alla locuzione *criterio del costo ammortizzato*, l'Arbitro Bancario Finanziario è portato a considerarla come una variante lessicale enunciativa del criterio della c.d. *curva degli interessi*¹¹².

In realtà, in dottrina¹¹³ è stato osservato che, dal punto di vista normativo -art. 2426 c.c.- il criterio del costo ammortizzato esprime una serie di regole tecniche, di natura contabile.

Lo IAS 39/IFRS 9 statuisce che “*il costo ammortizzato di un'attività o passività finanziaria è il valore a cui è stata misurata al momento della rilevazione iniziale l'attività o la passività finanziaria al netto dei rimborsi di capitale, aumentato o diminuito dall'ammortamento complessivo utilizzando il criterio dell'interesse effettivo su qualsiasi differenza tra il valore iniziale e quello a scadenza, e dedotta qualsiasi riduzione (operata direttamente o attraverso l'uso di un accantonamento) a seguito di una riduzione di valore o di insolvenza*”, mentre il *tasso di interesse effettivo* è “*il tasso*

¹¹² *Ex multis* Abf, Collegio di Roma, 2 luglio 2021, n. 15987; Abf, Collegio di Napoli, 11 agosto 2014, n. 5165.

¹¹³ Cfr. U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, Abf e Corte costituzionale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1/2022 p. 49 ss.

che attualizza esattamente i pagamenti o incassi futuri stimati lungo la vita attesa dello strumento finanziario al valore contabile netto dell'attività o passività finanziaria”.

1.4.1 La violazione dei doveri di informazione tra regole di validità e regole di comportamento (segue)

Invero, il cardine attorno a cui ruota la questione delle conseguenze derivanti dalla violazione dei doveri di informazione è inerente al se debbano essere qualificate come regole di comportamento o come regole di validità le prescrizioni relative al rispetto degli obblighi di trasparenza, ivi compresa, in materia di contratti bancari, il profilo inerente all'esatta indicazione del costo del credito.

La questione assume posizione centrale nell'ordito del nostro ordinamento civile e costituzionale.¹¹⁴ Infatti, il fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede¹¹⁵ è immanente all'intero sistema giuridico, in quanto declinazione

¹¹⁴ Per un'approfondita lettura del diritto civile alla luce della Carta costituzionale cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 535 ss.; Id., *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, p. 17 ss.; P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, Napoli, 2001, p. 17 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, Padova, 1959, p. 165 ss.; G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, in F. Viola e Id., Roma-Bari, 1999, p. 242 ss

¹¹⁵ La buona fede è una locuzione che compare in numerose norme del codice civile, tra cui gli artt. 1175, 1337, 1375, 1358, 1460, comma 2, e 1366 c.c., per designare una pluralità di istituti caratterizzati da una diversa ratio legis. Il differenziato impiego normativo ha introdotto una distinzione, ormai corrente, tra una concezione di buona fede intesa in senso soggettivo – come ignoranza di ledere l'altrui diritto – e buona fede in senso oggettivo, quale clausola generale afferente a un criterio di valutazione del comportamento tenuto dalle parti. In tal senso, la buona fede è intesa anche come sinonimo di correttezza, nella dottrina civilistica italiana, sulla scorta delle indicazioni della cultura civilistica tedesca. Il consolidamento, sul piano teorico, dell'espansione del principio di buona fede e della propensione

del principio solidarista espresso dall'art. 2 della Costituzione¹¹⁶ e sottostante a buona parte dei precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale.

Dalla violazione del predetto precetto, il Codice civile fa discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto, come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per *laesio enormis* o della risoluzione per inadempimento, e che, in ogni caso, comportano responsabilità risarcitoria, di tipo contrattuale o precontrattuale.

Secondo l'impostazione più risalente, obliterata dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione con le sentenze gemelle nn. 26724 e 26725 del 2007¹¹⁷ – espressamente richiamate dalla successiva n. 3773 del

rivalutativa dello stesso rispetto al codice Pisanelli, si coglie nell'opinione di chi iscrive la buona fede nel sistema dei valori costituzionali, indicandone la relazione con il principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Carta fondamentale ed attribuendo alla regola di buona fede contenuto, dimensione e valenza politico-costituzionale dai confini ampi

¹¹⁶ Cfr. M. IMBRENDA, *Debiti pecuniari e nuovi paradigmi tra crisi, emergenze, flessibilità*, in *Comparative Law in times of emergencies*, 2022, in cui testualmente “Sotto il più generale profilo di politica del diritto, la prospettiva, ancora una volta, di un “micro-sistema” improntato ad una “autonoma” logica redistributiva del rischio di una crisi di liquidità, oltre che fornire una risposta parziale e sommaria al problema, che invece andrebbe affrontato a tutto tondo (vieppiù in considerazione – come già accennato – del susseguirsi delle crisi economiche), può altresì determinare conseguenze aberranti in pregiudizio di categorie di contraenti solo in apparenza meno esposte agli effetti della congiuntura, finendo per disattendere l'istanza assiologica della piena ed effettiva attuazione dei principi di eguaglianza e di solidarietà sociale ex art. 2 cost.”.

¹¹⁷ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 1599 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 445 ss.; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno resp.*, 2008, p. 536 ss.; F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 1 ss.

19 febbraio 2009 – la violazione delle regole di comportamento, tanto nella fase prenegoziale quanto nella fase attuativa del rapporto, quando non sia diversamente stabilito dalla legge, genera responsabilità, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità. In particolare, la Corte di Cassazione, in quella circostanza, ha ricondotto l'inosservanza degli obblighi informativi¹¹⁸, posti dalla legge a carico dell'intermediario finanziario, nelle categoria delle regole di comportamento, così escludendo che la violazione dei doveri d'informazione e di corretta esecuzione del mandato da parte degli intermediari possa dar luogo alla nullità del contratto per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418, comma primo, c.c., ove tale conseguenza non sia prevista espressamente dalla legge¹¹⁹.

Invero, le predette pronunce presuppongono l'attualità di quegli orientamenti dottrinali favorevoli alla permanenza del principio di non

¹¹⁸ Per una lettura approfondita circa gli obblighi informativi cui è tenuto l'ente finanziatore v. A. CILENTO, *I doveri di informazione del consulente finanziario tra regole di validità e regole di responsabilità*, cit., p. 32 s.s. e p. 53 s.s., secondo cui “*Il rispetto degli obblighi informativi, funzionale all'adeguatezza della raccomandazione, incide sulla prestazione di consulenza tanto che, in difetto, deve escludersene l'esatto adempimento*”; cfr. anche E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in *Contratti bancari*, A.A.V.V., Torino, 2/2021.

¹¹⁹ Sulla diligenza del c.d. *bonus argentarius* cfr. A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, passim; B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, p. 295 ss.; F. DI MARZIO, *L'abuso nella concessione del credito*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 2 ss.; D. PULIATTI, *Abusiva concessione di credito, bancarotta fraudolenta per distrazione e risarcimento danni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 866; E. NARDECCHIA, *L'abusiva concessione di credito all'esame delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 639 ss.

interferenza tra regole di validità e regole di comportamento¹²⁰. Le già citate sentenze Rordorf del 2007, pur ascrivendo la fattispecie nel novero della responsabilità della banca, hanno avuto modo di evidenziare come la netta distinzione tra regole di validità e regole di comportamento stia ormai sbiadendo e sia in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto.¹²¹

Tale riflessione, sebbene appena lambita dalle Sezioni Unite del 2007, è stata, invece, saldamente percorsa da parte della dottrina e dagli orientamenti evolutivi della giurisprudenza di merito. Invero, una autorevole impostazione dottrinale¹²², ha considerato non più attuale la polarizzazione del dibattito tra regole di validità e regole di comportamento ai fini dell'individuazione del rimedio esperibile. In particolare, rispetto al mutamento del quadro normativo e al proliferare

¹²⁰ Cfr. sull'argomento li e giustizia contrattuale A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 797 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; C.E. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 632; A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 114; F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi della disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 79 ss.

¹²¹ Sull'argomento cfr. A. FACHECHI, *Regole di condotta e regole di validità: verso il superamento del principio di non interferenza*, in *Corti Salernitane*, 2012, p. 339 ss.

¹²² Cfr. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p. 303 ss.

di discipline di settore –anche di ascendenza unionale–, che positivizzano ipotesi di nullità non più solo ‘attizie’ ma anche ‘comportamentali’, tale tesi ritiene più aderente stabilire un superamento del principio di non interferenza¹²³. Invero, l’orientamento ritiene insoddisfacenti, sul piano della effettività della tutela rimediale, tanto quelle impostazioni che optano per l’esperibilità della sola azione risarcitoria, argomentando da un principio di tassatività della nullità, tanto quelle impostazioni teoriche volte ad allargare il più possibile le ipotesi invalidanti¹²⁴, così da ricomprendere nella categoria della invalidità del negozio qualunque ipotesi di violazione dell’art. 1337 c.c. È stato, infatti, osservato che la violazione delle regole sulla trasparenza e dei doveri di informazione e di correttezza può, a seconda dei casi, riverberarsi sugli elementi strutturali o funzionali della fattispecie ovvero, in caso contrario, incidere solo sul profilo risarcitorio. In particolare, l’orientamento in argomento¹²⁵ considera preliminare alla individuazione delle conseguenze connesse alla violazione dei doveri di informazione, un’attenta verifica del se la predetta violazione sia rimasta confinata nell’area del fatto oppure sia penetrata nell’area del volere e, quindi, nella struttura del regolamento contrattuale.

¹²³ In senso favorevole al superamento del principio di non interferenza cfr. *ex multis* A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393 ss.; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, *ivi*, 2008, p. 403 ss.; in senso contrario, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 599 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104 ss.

¹²⁴ *Ex multis*, cfr., S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001.

¹²⁵ Cfr. G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell’art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003; ID, *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 128.

Il verificarsi della prima ipotesi accorderebbe alla parte lesa la possibilità di esperire l'azione risarcitoria o, nei casi previsti dalla legge, l'azione di annullamento per vizio del consenso. Qualora, invece, la violazione abbia investito un elemento costitutivo del rapporto obbligatorio, la tutela rimediale si colloca sul piano caducatorio dell'azione di nullità. L'approccio di tipo empirico appare quello più adeguato a spiegare le molteplici previsioni poste dalla normativa di settore a protezione del consumatore¹²⁶ – che codifica ipotesi invalidanti derivanti dalla violazione delle regole di condotta – ed è coerente con l'esigenza – analogamente presente nella normativa di settore – di garantire al risparmiatore una tutela giurisdizionale che sia effettiva e non meramente formale.¹²⁷

2. Il prestito vitalizio ipotecario

¹²⁶ È il caso, ad esempio, dell'art. 6, l. 2 gennaio 1991, n. 1; dell'art. 21, lett. a, d.lg. n. 58 del 1998; dell'art. 12, l. 221 del 2012, il quale commina la sanzione della nullità alle clausole tra mandatario e impresa assicuratrice, qualora non sia ottemperato all'obbligo di una corretta e completa informativa in relazione al fatto che l'attività di intermediazione viene svolta in collaborazione tra più intermediari, nonché l'indicazione dell'esatta identità, della sezione di appartenenza e del ruolo svolto dai medesimi nell'ambito della forma di collaborazione adottata.

¹²⁷ In proposito non è secondaria la constatazione che l'impianto codicistico, in tema di prova, è imperniato sul principio secondo cui *onus probandi incumbit ei qui dicit*, sancito nell'art. 2697 c.c., a mente del quale «chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento». Nei limiti di tale perimetro normativo, l'azione di risarcimento del danno finirebbe per aggravare eccessivamente la posizione del consumatore, il quale, oltre a non vedere rispettato l'obbligo legale di corretta e trasparente indicazione del t.a.e.g. in capo agli intermediari, si vedrebbe costretto a fornire la prova idonea a dimostrare – secondo un giudizio controfattuale – che, se correttamente informato circa il costo complessivo dell'operazione, non avrebbe sottoscritto il contratto di credito al consumo. Viceversa, l'azione di nullità parziale del contratto, da un lato, garantirebbe una tutela concreta ed effettiva al contraente debole, mediante una sostituzione automatica del tasso pattizio con quello legale, e, dall'altro lato, non finirebbe per vincolare il consumatore ad una prova gravosa, essendo la stessa acquisibile *ex actis*. In dottrina, v. A. CILENTO, *Credito immobiliare e diritto dei consumi*, cit., p. 2, il quale sottolinea che «le istanze di protezione del contraente debole non si limitano a garantire l'equilibrio nell'assetto di interessi disciplinato dal contratto, poiché mirano a rendere più corretto ed efficiente il funzionamento del mercato e, quindi, presidiano alla realizzazione di un interesse generale».

La fruizione di strumenti creditizi da parte di persone anziane si snoda attraverso la costante dialettica tra esigenze talvolta contrapposte: per un verso, semplificare l'accesso al credito a segmenti di utenza tradizionalmente esclusi, mediante meccanismi di valorizzazione del patrimonio immobiliare; per l'altro, coniugare la creazione di formule mirate e flessibili con la peculiare protezione che la categoria necessita, garantendo trasparenza e correttezza sia in fase precontrattuale, sia nel corso dello svolgimento del rapporto negoziale¹²⁸.

In tal senso, l'adozione a livello nazionale della figura del cd. prestito vitalizio ipotecario si colloca nel solco di quegli strumenti contrattuali a vantaggio di quanti «*house-rich, cash-poor*» necessitano di trarre valore da un patrimonio immobilizzato¹²⁹.

Fisionomia e finalità dell'istituto sono frutto della circolazione di modelli ed esperienze giuridiche collaudate nella tradizione anglosassone¹³⁰, ma emergenti anche in altre significative realtà

¹²⁸ G. FERRANDO, *Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2013, p. 977, la quale evidenzia anche le peculiari barriere che le disposizioni di autonomia privata incontrano nella materia successoria e la maggiore idoneità di alcuni negozi inter vivos, fra i quali la vendita della nuda proprietà, nonché la stipula di un contratto di mantenimento. Per ulteriori considerazioni, anche in chiave comparatistica, cfr., C. AGABITINI, *Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'accesso al credito e il 'bene casa'*, in Riv. crit. dir. priv., 2010, p. 61; E. BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della carta di Nizza*, in Nuova giur. civ. comm., 2015, II, p. 293.

¹²⁹ La figura introdotta in Italia già nel 2005 con il d.l. 30 settembre 2005, n. 230, convertito il l. 2 dicembre 2005, n. 248, è stata ridisegnata dalla legge 2 aprile 2015 n. 44, che ha modificato l'articolo 11-quaterdecies del citato d.l. 230/2005. All'intervento normativo del 2015 è seguito il decreto di attuazione contenuto al d.m. 22 dicembre 2015, n. 226, entrato in vigore il 2 marzo 2016. L'istituto ha origine nei Paesi anglosassoni, dove è ampiamente diffuso. l'equivalente inglese del prestito vitalizio ipotecario è il *lifetime mortgage*.

¹³⁰ Si pensi al dinamico settore dell'*equity release* anglosassone.

continentali, fra le quali *in primis* la Francia, con il *prêt viager hypothécaire*¹³¹.

In particolare, il legislatore italiano, già nel 2005 aveva introdotto nel nostro ordinamento l'istituto del prestito vitalizio ipotecario, limitandosi a definire questa particolare tipologia di credito immobiliare legato alla casa di abitazione come prestito avente ad oggetto *“la concessione da parte di aziende ed istituti di credito nonché da parte degli intermediari finanziari, di cui all’art. 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese, e rimborso integrale in un’unica soluzione alla scadenza, assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, riservati a persone fisiche con età superiore ai 65 anni compiuti”*.

L'assenza di una disciplina a corredo ha reso opportuno un ulteriore intervento legislativo volto a individuarne compiutamente i profili applicativi.

In base alla nuova formulazione, introdotta con l’art. 11 *quaterdecies*, comma dodicesimo, d.l. n. 203/2005, come modificato dalla

¹³¹ Quest'ultimo è stato introdotto dall'*ordonnance* del 23 marzo 2006 relativa alle *sûretés*, mediante la quale è stata riformata l'ipoteca, allo scopo di facilitare l'accesso al credito da parte degli anziani, offrendo adeguate garanzie ai mutuant. Per quanto attiene all'*equity release*, esso costituisce un ambito eterogeneo nel quale sono ricompresi vari strumenti rivolti a procurare la disponibilità di denaro in relazione al vincolo imposto su un immobile da parte di soggetti la cui età è superiore a una certa soglia e nell'ambito del quale si sono evoluti diversi modelli di reverse mortgage. Per una recente analisi di questi ed altri meccanismi simili, si rinvia a A. FUSARO, *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in *Notariato*, 2016, 114; v., inoltre, C. MARSEGLIA, *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. SIRENA, *Quaderni della Fondazione italiana del notariato*, 2016, p. 65. Per un interessante commento in chiave comparatistica del negozio ante novella, si rinvia D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, 503.

legge n. 44/2015, “il prestito vitalizio ipotecario ha per oggetto la concessione da parte di banche nonché di intermediari finanziari, di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e di spese, riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti, il cui rimborso integrale in un'unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si compiano atti che ne riducono significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile”.

Sulla scorta di tale formulazione, si desume che il finanziatore concede al richiedente ultrasessantenne un prestito, assistito da ipoteca di primo grado sull'immobile residenziale, con capitalizzazione annua di interessi e spese e con rimborso integrale del prestito in unica soluzione, di regola entro un anno dalla morte del finanziato, e con la possibilità per il finanziatore, in ipotesi di mancato rimborso, di vendere -in deroga alla normale procedura esecutiva- direttamente l'immobile in garanzia al prezzo di mercato, secondo la valutazione fatta da un perito indipendente, e di trattenere le somme ricavate dalle vendita per estinguere il debito con restituzione dell'eventuale eccedenza agli eredi del finanziatore, i quali, peraltro, saranno risparmiati da dover sopportare il rischio di cross-over, cioè di debito che supera il valore del bene, opportunamente escluso dalla legge con la previsione che *“l'importo del*

debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute”.

Per rendere appetibile l'acquisto degli immobili oggetto di prestito vitalizio ipotecario la novella completa la disciplina introducendo delle agevolazioni fiscali¹³² e assicurando protezione al terzo acquirente da ogni contestazione sul trasferimento ereditario del bene che gli è stato venduto dal finanziatore. Lo scopo sotteso all'operazione in commento viene comunemente rinvenuto nell'esigenza di smobilizzare una parte della cospicua ricchezza impegnata oggi in immobili¹³³ nella maggior parte dei paesi europei, per far fronte ai bisogni specifici degli anziani la cui domanda di liquidità è in forte crescita sia per il progressivo aumento delle aspettative di vita sia per la crisi dei sistemi pensionistici. Inoltre, a ciò si aggiunge anche la maggiore difficoltà di accesso al credito dell'anziano.

Tale strumento presenta caratteri di duttilità perché non priva l'anziano della proprietà dell'abitazione, non prevede un limite di età massimo per il soggetto finanziato, nè obblighi di rimborso rateale; non rappresenta una forma di anticipazione di liquidità che il sottoscrittore si ritrova a scontare da subito, con minori flussi di cassa dal mese successivo, a causa della trattenuta del quinto della pensione; non espone i genitori ai rischi di consistenti perdite patrimoniali che si paventano nelle ipotesi in

¹³² Il comma 12-ter contiene espressamente il rinvio alla disciplina dell'imposta sostitutiva sui finanziamenti, una disciplina fiscale alternativa a quella ordinaria in quanto ammette, al ricorrere di determinati presupposti, l'esonero dal pagamento di tutti gli altri tributi indiretti tipici della tassazione ordinaria per le operazioni di finanziamento bancario, come l'imposta di registro, l'imposta di bollo, tasse sulle concessioni governative e imposta ipotecaria.

¹³³ Cfr. U. MATTEI, *Il risparmio immobiliare privato Bene comune come certezza*, *Bancaria*, 2013 p. 13.

cui i medesimi abbiano prestato fideiussione a favore dei figli sottoscrittori di un mutuo e, pertanto, si presenta particolarmente indicato quando è necessario procurarsi un'importante somma di denaro, non vi sia la capacità di rimborso necessaria e al contempo non si voglia rinunciare alla proprietà dell'immobile.

2.1. Ambito soggettivo di applicazione

L'ambito soggettivo di applicazione di questa particolare tipologia di credito è molto limitato sia dal lato dell'offerta che da quello della domanda. Possono concedere il mutuo, infatti, soltanto istituti di credito e intermediari finanziari regolarmente iscritti all'elenco dell'art. 106 T.u.b., e ciò al fine di garantire i mutuatari circa la provenienza del finanziamento da soggetti affidabili, in quanto autorizzati e al contempo sottoposti ai penetranti controlli e alla vigilanza della Banca d'Italia. Si tratta di soggetti cui si applicano, ai sensi dell'art. 2, commi quarto, quinto e sesto del Decreto MSE n. 226/2015¹³⁴, le Disposizioni sulla trasparenza bancaria dettate dalla Banca d'Italia nel 2009¹³⁵, in ordine agli obblighi precontrattuali di informazione cui sono tenuti gli enti creditizi sia nella fase pubblicitaria che in quella antecedente la contrattazione, dovendo comunicare al finanziato un prospetto informativo da cui risulta chiaramente distinguibile l'importo del finanziamento al netto dei costi del credito -imposte, costi di istruttoria, notarili, della perizia estimativa e

¹³⁴ Si tratta del “Regolamento recante norme in materia di disciplina del prestito vitalizio ipotecario, ai sensi dell'art. 11 quaterdecies, comma 12 quinquies, del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, come modificato dall'art. 1, comma primo, della legge 2 aprile 2015, n. 44”, in G.U. 16 febbraio 2016 - Serie generale n. 38.

¹³⁵ Si tratta delle “Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti” della Banca d'Italia del 29 luglio 2009, pubblicate nella G.U. 18 settembre 2009, n. 217 e successive modificazioni.

della polizza assicurativa-, nonché il resoconto annuale “*riportante dettagliatamente gli importi costituenti il capitale finanziato e quelli costituenti il capitale da restituire a scadenza*”.

La previsione che attribuisce il potere di erogare il prestito vitalizio soltanto ad enti appositamente autorizzati¹³⁶ consente, inoltre, di contenere il rischio di fallimento dell'ente finanziatore, rischio in genere gravante su coloro che decidono di usufruire del prestito sotto forma di rendita vitalizia, piuttosto che in un'unica soluzione. Per neutralizzare questo rischio, infatti, il mutuatario sarebbe costretto a sottoscrivere polizze assicurative collegate al finanziamento, con conseguente incremento dei costi dell'operazione.¹³⁷

Ai sensi dell'art. 2, comma sesto, del Decreto n. 2226/2015, a tutela del finanziato si ribadisce l'obbligatorietà della polizza assicurativa sull'immobile, ma gli si attribuisce il diritto di poter acquistare liberamente anche da un soggetto diverso dal finanziatore.

¹³⁶ Sulla diligenza del c.d. *bonus argentarius* cfr. A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, passim; B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in Banca borsa tit. cred., 2001, I, p. 295 ss.; F. DI MARZIO, *L'abuso nella concessione del credito*, in Contr. impr., 2015, p. 2 ss.; D. PULIATTI, *Abusiva concessione di credito, bancarotta fraudolenta per distrazione e risarcimento danni*, in Nuova giur. civ. comm., 2009, I, p. 866; E. NARDECCHIA, *L'abusiva concessione di credito all'esame delle Sezioni Unite*, in Dir. fall., 2006, p. 639 ss.

¹³⁷ Alla stregua delle modalità di offerta del prodotto, il collegamento negoziale tra la concessione del credito -*rectius* contratto di credito- e voce economica -*rectius* spesa di assicurazione- si pone quale manifestazione tipica dell'offerta sul mercato, che si basa sull'articolazione di più prodotti predisposti «a pacchetto», in cui la sottoscrizione della polizza assicurativa da parte del cliente funge da contropartita, in termini economici, necessaria al cliente per ottenere l'erogazione del credito. Con la sottoscrizione della polizza si realizza, infatti, una piena soddisfazione dell'interesse del finanziatore al contenimento del rischio di solvibilità del cliente, attraverso la conservazione dell'originaria situazione patrimoniale e finanziaria del soggetto finanziato, che costituisce, seppur in via presuntiva, una chiara e precisa indicazione sulla natura obbligatoria della polizza assicurativa per ottenere il credito alle condizioni offerte. Sul punto cfr. Cass. civ., sez. I, sent. 5 aprile 2017, n. 8806.

Dal lato della domanda, poi, possono richiedere il prestito soltanto i soggetti persone fisiche di età superiore a sessant'anni, che siano in grado di garantire il finanziamento con un'ipoteca di primo grado sull'immobile residenziale. Non è, invece, previsto un limite massimo di età per richiedere il finanziamento, essendo la durata del contratto ancorata alla vita del finanziato. Sulla durata minima del contratto un'indicazione è contenuta all'art. 2, comma primo, D.M. n. 226 del 22 dicembre 2015, per il quale i prospetti esemplificativi chiamati "Simulazione del piano di ammortamento" del debito devono avere una durata minima pari alla differenza tra l'età del soggetto finanziato più giovane (60 anni) e 85 anni, e comunque non inferiore a 15 anni. Trattandosi di un prestito a medio e lungo termine la sua durata minima si collocherà, quindi, tra i 25 e i 15 anni, ma si tratta di una durata minima solo indicativa in quanto la morte del finanziato potrebbe intervenire anche prima con la conseguenza che la durata del prestito potrà essere anche minore di 15 anni.

Dalla definizione del prestito vitalizio ipotecario non emerge la finalità consumeristica dell'operazione, a differenza di quanto prevede la disciplina francese sul *pret viager hypothécaire*, con la conseguenza di non escludere del tutto che il finanziamento sia diretto all'attività di impresa, svolta magari in forma individuale o di microimpresa, dal soggetto richiedente o dai suoi aventi causa.

Restano, in ogni caso, escluse le persone giuridiche, anche in considerazione delle modalità di rimborso ancorate alla vita del finanziato.

2.2 Il terzo datore di ipoteca

Un profilo abbastanza discusso, anche sotto il vigore della precedente formulazione del prestito vitalizio ipotecario -antecedente alla novella legislativa del 2015-, ha riguardato la possibilità che il finanziamento sia garantito da un terzo datore di ipoteca¹³⁸.

Se è vero che il legislatore considera come normale l'ipotesi in cui il soggetto finanziato sia anche il proprietario dell'immobile concesso in ipoteca, la possibilità che il proprietario dell'immobile e il finanziato non coincidano è espressamente prevista dall'art. 3, comma primo, lett. c), del D.M. n. 226/2015, laddove esclude tra le cause di rimborso integrale e immediato del prestito l'ipotesi in cui *“siano imputabili...a terzi datori d'ipoteca atti compiuti con dolo o colpa grave che riducano significativamente il valore dell'immobile”*.

In base al citato Decreto ministeriale, si tratta dei suoi familiari, intendendosi per essi solo i componenti della famiglia nucleare¹³⁹ e, in particolare, *“i figli, il coniuge o convivente more uxorio e il personale regolarmente contrattualizzato che convive con il soggetto finanziato per prestare a lui o alla sua famiglia i suoi servizi”*, tutti soggetti che del finanziamento possono essere direttamente o indirettamente beneficiari.

Inoltre, la figura del terzo datore di ipoteca, che non sembra essere esclusa dalla legge, potrebbe addirittura agevolare la concessione del prestito vitalizio tutte le volte in cui il finanziatore, per erogare il prestito, non ritenga sufficiente la garanzia ipotecaria prestata dal finanziato

¹³⁸ Prima della novella già una parte della dottrina ammetteva che il prestito vitalizio ipotecario potesse essere garantito da un terzo datore di ipoteca. *Ex plurimis* cfr. F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1998.

¹³⁹ Secondo il parere della sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, espresso nell'adunanza dell'8 ottobre 2015.

sull'immobile, data anche la preclusione per quest'ultimo di concedere ipoteca su altri beni di sua proprietà. Il terzo datore di ipoteca potrebbe essere necessario in ipotesi di bene cointestato ai coniugi di cui uno solo è over 60, o di bene di proprietà di uno dei coniugi, sebbene entrambi abbiano i requisiti anagrafici richiesti, perché in questo caso *“per la parte di finanziamento riconosciuta al coniuge non proprietario l'altro rivestirà automaticamente la qualifica di terzo datore di ipoteca”*.¹⁴⁰

2.3. Struttura del prestito vitalizio ipotecario

Dal punto di vista strutturale, il prestito vitalizio ipotecario è, innanzitutto, un contratto di finanziamento, nelle differenti variabili del mutuo, dell'apertura di credito, dell'erogazione periodica di denaro o nella combinazione delle tre formule predette, a medio e lungo termine, essenzialmente oneroso e, secondo alcuni autori, aleatorio, per la difficoltà delle parti di predeterminare *ex ante* i reciproci vantaggi e sacrifici in quanto il prestito dovrà essere rimborsato al verificarsi di un evento futuro e incerto nel quando della sua verifica.

L'aleatorietà nella prestazione è, in particolare, connessa al combinarsi di diversi elementi, riassumibili nel rischio di *cross-over* e dipendenti dalla possibilità che il debito cresca in modo esponenziale per effetto della particolare longevità del finanziato, dell'evoluzione dei tassi di interesse, delle peculiari dinamiche insite al mercato immobiliare. Tali effetti diventano evidenti, in particolare, nella fase di vendita

¹⁴⁰ Così G. OTTAVIO MANNELLA- C. GIANLUCA PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Quaderni di notariato*, 11, 2015, p. 130 s.

dell'immobile, ove alle voci suddette, potrebbe aggiungersi una significativa svalutazione del valore dell'immobile in garanzia¹⁴¹.

Tuttavia, l'attuale previsione, nell'art. 2 del D.M. n. 226/2015, di due prospetti contenenti la simulazione del piano di ammortamento del debito, che illustrano il possibile andamento del debito nel tempo, anno per anno, uno applicando il tasso d'interesse vigente al momento della stipula del prestito vitalizio ipotecario e l'altro simulando un eventuale rialzo dei tassi d'interesse al terzo anno della stipula del contratto, sarebbero elementi sufficienti a predeterminare la prestazione del soggetto obbligato, scongiurandone l'aleatorietà.

Il prestito vitalizio ipotecario consiste, genericamente, in un finanziamento non finalizzato e garantito da un immobile e, precisamente, in base alla definizione contenuta nell'art. 1 del D.M. n. 226/2015, dall'immobile con le relative pertinenze in cui abita il finanziato.

Quanto all'entità del finanziamento, in assenza di specifiche determinazioni legali, i parametri presi in considerazione per determinarla sono costituiti essenzialmente dal valore dell'immobile e dall'età del soggetto finanziato. E, difatti, più sono elevati questi parametri maggiore sarà il finanziamento, sebbene spetti all'operatore finanziario, in base all'esame del caso concreto, determinare la percentuale massima

¹⁴¹ L'assetto aleatorio descritto è poi nel concreto coperto dalla stipula di una specifica polizza assicurativa per il delta negativo fra il valore che deve rimborsare il cliente e il valore ottenibile dalla vendita della casa. Per un'attenta disamina delle diverse forme di polizza assicurativa che tutelano in via diretta ed indiretta, oltre che il debitore, anche l'ente mutuante, cfr. *ex multis* P. FAUSTI, *Assicurazioni del debitore a "garanzia" dei mutui ipotecari: considerazioni sulla recente disciplina*, in Banca Borsa Titoli di Credito, 2014, I, p. 614.

finanziabile (*Loan To Value*) data dal rapporto tra l'importo del finanziamento richiesto ed il valore dell'immobile dato in garanzia, per evitare il rischio di *cross-over*, cioè di eccedenza del debito residuo rispetto al valore di vendita dell'immobile¹⁴².

Tale rischio, prima della novella legislativa, poteva essere arginato in due modi. Innanzitutto, attraverso la determinazione del "*loan to value*": quanto più bassa era l'entità del finanziamento in relazione al valore dell'immobile, tanto minore era il rischio di *cross-over*. Oppure dando la facoltà al debitore di stipulare una garanzia assicurativa, accessoria al finanziamento, contro il rischio di *default*.

Il termine di restituzione del prestito coincide con il momento della morte del soggetto finanziato ovvero, in forza del comma dodicesimo dell'art. 11-*quaterdecies*, con il trasferimento, in tutto o in parte, della proprietà o di altri diritti reali di godimento sull'immobile dato in garanzia o con il compimento di atti che ne riducono significativamente il valore.

Questi atti, considerati dalla prevalente dottrina cause legali di decadenza dal beneficio del termine ai sensi dell'art. 1186 c.c., sono stati meglio specificati dall'art. 3 del D.M. n. 226/2015, che individua, oltre alle ipotesi che impediscono al finanziatore la vendita diretta dell'immobile -come la costituzione di diritti di usufrutto, uso, abitazione, superficie e servitù- anche quelle che riducono significativamente il valore del bene ipotecato¹⁴³ -realizzazione di

¹⁴² Nei Paesi anglosassoni tale rischio prende il nome di *no negative equity*.

¹⁴³ Cfr. S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, in Quaderni de *Il Foro Napoletano*, 4, Napoli, 2012, p. 41 s.s.

modifiche all'immobile senza accordo con il finanziatore, che limitano la libera circolazione del bene; mancata manutenzione dell'immobile con conseguente revoca della sua abitabilità, attribuzione a terzi, diversi dai familiari del finanziato, del diritto di risiedere nell'immobile; procedimenti espropriativi o conservativi di importo pari o superiore al 20% del valore dell'immobile-.

La qualificazione di tali circostanze in termini di cause legali di decadenza dal beneficio del termine enfatizza la possibile estraneità delle medesime dal rapporto obbligatorio. Esse, sebbene perlopiù volontarie, non sono necessariamente imputabili al finanziato, sono legate cioè al sopravvenire di circostanze esterne ed incidono sulla situazione patrimoniale complessiva del debitore¹⁴⁴. In tal senso, la decadenza in questione rappresenta una forma di tutela soddisfattiva dell'interesse creditorio, che consente di chiedere immediatamente quanto dovuto.

Si tratta di ipotesi di decadenza dal beneficio del termine che differiscono dalla risoluzione del contratto. Infatti, mentre la risoluzione presuppone un inadempimento di non scarsa importanza direttamente ricollegabile all'obbligato, la decadenza dal beneficio del termine prescinde da ogni imputabilità all'obbligato e rende rilevanti, per il creditore, anche avvenimenti esterni al rapporto che, seppur non costituendo necessariamente inadempimento da parte del soggetto finanziato, sono in grado di compromettere o rendere più difficile l'esatto adempimento da parte del debitore¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Cfr. M. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001, p. 266 s.s.

¹⁴⁵ Opportunamente però occorre segnalare che, nei contratti di mutuo tale differenza sfuma, atteso che, oltre al pagamento degli interessi, sussiste una serie di obblighi funzionali al mantenimento della

Sul piano degli effetti, la risoluzione per inadempimento determina lo scioglimento definitivo del contratto, con la conseguenza che, ai sensi del comma terzo dell'art. 1453 c.c. *“dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione”*. Viceversa, la decadenza dal beneficio del termine determina solo l'obbligo di un'anticipata esecuzione della prestazione. Il contratto resta fermo, e la sua risoluzione potrà aversi solo se successivamente il debitore si renderà inadempiente¹⁴⁶.

In considerazione del fatto che il prestito vitalizio ipotecario viene normalmente rimborsato in un'unica soluzione al momento della morte del mutuatario, la normativa consente al finanziatore la capitalizzazione annuale degli interessi e spese, che porterebbe a lievitare il costo del prestito ad esclusivo beneficio degli istituti di credito, con evidente deroga al divieto di anatocismo¹⁴⁷.

Tale capitalizzazione è, però, esclusa dal comma 12 *bis* nell'ipotesi in cui il finanziato e concedente concordano modalità di rimborso rateale dei soli interessi e delle spese, con precisazione che l'inadempimento di questo obbligo di rimborso comporta la risoluzione del contratto di finanziamento in presenza delle condizioni previste dall'art. 40, comma secondo, T.u.b., cui la normativa espressamente rinvia.

garanzia ipotecaria e che delimitano il rischio per il finanziatore, conducendo all'analogo risultato di obbligare il mutuatario a restituire anticipatamente la somma ricevuta.

¹⁴⁶ Sul tema cfr, *ex multis*, G. OTTAVIO MANNELLA- C. GIANLUCA PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 147 ss.

¹⁴⁷ La differenziazione si pone in particolare rispetto al mutuo codicistico ex art. 1813 c.c., la cui struttura, quanto a gratuità ovvero onerosità, è variabile. Nel prestito vitalizio ipotecario la capitalizzazione annua potrà essere evitata soltanto mediante la modalità di rimborso graduale, facoltà che però resta nella sola autonomia del beneficiario e non degli eredi.

2.4 Analogie con il mutuo fondiario

Caratteristica peculiare del prestito vitalizio ipotecario è quello di essere garantito da ipoteca di primo grado sull'immobile.

E' evidente l'analogia con il credito fondiario¹⁴⁸, che è destinatario di una disciplina privilegiata rispetto a tutte le altre tipologie di mutuo, la cui specialità è, attualmente, circoscritta solo ai profili oggettivi, attinenti alle modalità tecniche di esercizio del credito, l'oggetto del credito fondiario costituito soltanto da finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili.¹⁴⁹

Un primo elemento di similitudine è, dunque, costituito, oltre che dalla causa creditizia, proprio dalla garanzia ipotecaria, che costituisce il vero e proprio perno della figura: essa nel credito fondiario, come nel prestito vitalizio ipotecario, si configura quale elemento essenziale per la

¹⁴⁸ Non mancano, in dottrina, voci che considerano il prestito vitalizio ipotecario quale *species* del *genus* mutuo fondiario. Sul punto, v. S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, n. 8-9/2015, secondo cui il prestito vitalizio ipotecario sarebbe un credito fondiario a medio e lungo termine, riservato a quei soggetti che, all'atto della sottoscrizione, abbiano compiuto i sessant'anni di età. A mente di questa impostazione il credito fondiario non sarebbe un contratto tipico, ma uno schema legale cui possono ricondursi varie tipologie negoziali, tra cui il prestito vitalizio ipotecario, da cui si differenzia per la circostanza di non prevedere un rimborso rateale del prestito. Per una generale disamina, si rinvia, *ex multis*, a R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012.

¹⁴⁹ Sul punto cfr. Cass. civ. S.U., 16 novembre 2022, n. 33719, con cui il giudice della nomofilachia si è pronunciato in ordine alla nullità del contratto di mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità, enunciando il seguente principio di diritto: "*in tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità di cui all'articolo 38, secondo comma, del d.lgs. n. 385 del 1993, non è elemento essenziale del contenuto del contratto, non trattandosi di norma determinativa del contenuto del contratto o posta a presidio della validità dello stesso, ma di un elemento meramente specificativo o integrativo dell'oggetto del contratto; non integra norma imperativa la disposizione - qual è quella con la quale il legislatore ha demandato all'Autorità di vigilanza sul sistema bancario di fissare il limite di finanziabilità nell'ambito della «vigilanza prudenziale» (cfr. articoli 51 ss. e 53 t.u.b.) - la cui violazione, se posta a fondamento della nullità (e del travolgimento) del contratto (nella specie, del mutuo ormai erogato cui dovrebbe conseguire anche il venir meno della connessa garanzia ipotecaria), potrebbe condurrebbe al risultato di pregiudicare proprio l'interesse che la norma intendeva proteggere, che è quello alla stabilità patrimoniale della banca e al contenimento dei rischi nella concessione del credito*".

validità del negozio e *condicio sine qua non* per la concessione del finanziamento, rappresentando la garanzia su cui rivalersi in ipotesi di inadempimento. In entrambi i casi, pertanto -e diversamente da quanto avviene nel mutuo tradizionale di cui all'art. 1813 ss. c.c.- l'iscrizione dell'ipoteca di primo grado colora la causa del contratto e la stessa legge n. 44/2015, nel richiamare espressamente la disciplina del credito fondiario al comma 12-*quater*, estende al prestito vitalizio l'applicazione dell'art. 39, comma primo, secondo, terzo, quarto e settimo, T.u.b., in materia di ipoteche.

Ulteriore elemento di analogia rispetto al mutuo fondiario è rinvenibile in tema di inadempimento ed è rappresentato dall'estensione al prestito vitalizio ipotecario della prescrizione di cui all'art. 40, comma secondo, T.u.b. Tale evenienza si verifica allorché il finanziato abbia concordato, al momento della stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, comma 12-*bis*, l. n. 44/2015, modalità di rimborso graduale della quota di interessi e delle spese. Ciò implica che la banca possa invocare, come causa di risoluzione del contratto, il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive.¹⁵⁰

In particolare, la disciplina sul mutuo fondiario, di cui agli artt. 38-41 T.u.b., necessita per la sua configurabilità di una pluralità di elementi: il finanziamento deve essere di durata a medio e a lungo termine, ovvero di durata superiore a diciotto mesi; la garanzia deve essere un'ipoteca di primo grado su beni immobili; l'ente finanziatore deve

¹⁵⁰ La medesima norma precisa altresì che «*a tal fine costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centoottantesimo giorno dalla scadenza della rata*».

essere necessariamente una banca; l'importo del mutuo non deve superare una determinata soglia.

Del credito fondiario, per espressa previsione di legge, sono applicabili al prestito vitalizio ipotecario, oltre all'art. 40, comma secondo, T.u.b., anche l'art. 39, commi primo, secondo, terzo, quarto e settimo, che prevedono una serie di vantaggi per l'istituto finanziatore, in deroga sia alla disciplina dell'ipoteca che alla revocatoria fallimentare.

Il rinvio all'art. 40, comma secondo, T.u.b., consente di equiparare, sotto il profilo degli effetti, l'inadempimento del mutuatario che, dopo averlo concordato con il finanziatore, sia venuto meno all'impegno di rimborsare anticipatamente gli interessi e le spese, all'inadempimento del finanziato che, avendo ricevuto il credito fondiario, per ben sette volte abbia ritardato di pagare eseguendo la prestazione fuori dal periodo temporale stabilito dalla norma -ovvero tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata-, e di qualificarlo come inadempimento di non scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c., in quanto la norma richiamata, in queste ipotesi, legittima il mutuante a richiedere la risoluzione del contratto.

Ma un profilo peculiare è dato dalla disciplina dell'ipoteca che il prestito vitalizio ipotecario mutua dalla disciplina del credito fondiario, e che costituisce il perno di questa nuova forma di prestito ipotecario non finalizzato, in cui l'ipoteca connota l'intera operazione negoziale, come si evince dallo stesso *nomen iuris* dell'istituto.

Nell'ottica di un bilanciamento di opposti interessi, tale disciplina si presenta differente rispetto a quella del codice civile. Infatti, ai sensi

dell'art. 39 T.u.b. si consente alla Banca, in deroga a quanto previsto dall'art. 2839, comma secondo, n. 2, c.c., di eleggere domicilio, ai fini della iscrizione ipotecaria, presso la propria sede per consentire agli istituti finanziatori, provvisti di una presenza capillare sul territorio, di poter gestire in modo più efficiente i singoli rapporti di credito¹⁵¹.

Il secondo comma dell'art. 39 T.u.b. prevede l'ipotesi in cui la stipulazione del contratto di mutuo e l'erogazione del denaro formino oggetto di atti separati, nel senso che il perfezionamento e l'esecuzione del rapporto di finanziamento si realizzano con la modalità del doppio contratto. In questo caso il conservatore dei registri immobiliari, che iscrive ipoteca al momento della stipulazione del contratto di mutuo, dovrà annotare a margine di tale iscrizione sia l'avvenuta erogazione del finanziamento in base alla quietanza rilasciatagli dal beneficiario del prestito, sia la variazione del tasso di interessi concordata dalle parti. Vi è, dunque, la possibilità di fissare il tasso definitivo con il quale il mutuo verrà ammortizzato in un momento successivo all'iscrizione ipotecaria e, soprattutto, si consente alla garanzia già iscritta di estendersi anche agli interessi nella misura risultante dall'annotazione stessa. E' evidente la deroga al principio di specialità dell'ipoteca sancito dagli artt. 2809, comma primo, e 2839, n. 5, c.c., il cui obiettivo è fornire una cautela contro l'instabilità dei mercati.

L'art. 39, comma terzo, T.u.b., stabilisce, poi, che *"il credito della banca relativo a finanziamenti con clausole di indicizzazione è garantito dall'ipoteca iscritta fino a concorrenza dell'importo effettivamente dovuto*

¹⁵¹ Cfr. V. CONFORTINI, *Primato del credito*, cit., p. 219 ss.

per effetto dell'applicazione di dette clausole. L'adeguamento dell'ipoteca si verifica automaticamente se la nota d'iscrizione menziona la clausola di indicizzazione". In questo caso, quindi, il credito per interessi derivante dal finanziamento viene determinato *per relationem* attraverso le clausole di indicizzazione e viene collocato nel medesimo grado dell'ipoteca già iscritta. E' evidente, anche qui, la deroga al principio di specialità dell'ipoteca, di cui all'art. 1855, comma secondo, c.c., in quanto si prevede la prelazione ipotecaria dei mutui indicizzati, sempre che la nota di trascrizione contenga la clausola di indicizzazione.

In particolare, è stato evidenziato in dottrina il discorso sul coordinamento della disciplina del prestito vitalizio ipotecario con il disposto inderogabile a pena di nullità dell'art. 2855, comma secondo, c.c., per il quale l'iscrizione di un capitale fruttifero di interessi fa collocare questi ultimi nello stesso grado ipotecario del capitale ma con il limite delle due annate anteriori e di quella in corso di pignoramento -per evitare che il creditore lasci accumulare gli interessi a danno dei creditori successivamente iscritti-, limite che, nel prestito vitalizio ipotecario, viene superato perché fino alla scadenza del prestito, che è incerta in quanto legata alla vita del finanziato, gli interessi e le spese annualmente capitalizzati avranno lo stesso grado ipotecario del capitale. Il rinvio operato dal comma terzo dell'art. 39 T.u.b. consente di considerare derogata, in ipotesi di prestito vitalizio ipotecario, la regola generale contenuta all'art. 2855, comma secondo, T.u.b.¹⁵²

¹⁵² In tal senso S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, n. 8-9/2015.

Quanto all'applicabilità del comma quarto dell'art. 39 T.u.b. all'ipotesi di prestito vitalizio ipotecario, il problema dell'esenzione dell'ipoteca dalla revocatoria fallimentare comunque non si pone quando il destinatario del finanziamento sia un consumatore o un imprenditore individuale non soggetto al fallimento.

Ulteriore norma di favore è quella, contenuta nell'art. 12 *quater*, che vieta di iscrivere ipoteca di primo grado su più immobili del soggetto finanziato.

Se l'impianto generale sembra essere quello di un mutuo fondiario¹⁵³, numerosi sono, però, gli indici normativi che depongono per la succitata autonomia della figura. La stessa *ratio* dell'istituto sembra ispirata ad una logica differente, tesa a garantire un *quid pluris* in favore della persona anziana, sebbene ciò comporti elementi di criticità non trascurabili a carico degli eredi.

Un primo dato significativo è costituito dall'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto in commento. Per quanto concerne la parte richiedente il finanziamento, viene enfatizzata l'endemica difficoltà di accesso al credito in un mercato tendenzialmente avverso ad operazioni di cui non è certa la rimborsabilità nel tempo, sicché la stessa idea di un prodotto finanziario strutturato espressamente per tale fascia di utenti

¹⁵³ La valutazione dell'importo massimo finanziabile nell'attuale assetto legislativo prefigurato per il prestito vitalizio ipotecario potrebbe porre criticità analoghe a quelle riscontrate in materia di credito fondiario. *Ex multis* cfr. A. DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e "premio dell'irragionevolezza"*, in Banca Borsa Titoli di Credito, 2014, II, p. 127; M. MIRRIONE, *Il rapporto tra autonomia privata e norme di vigilanza nella disciplina del credito fondiario*, in Riv. dir. civ., 2015, p. 209; M. FARINA, *Superamento del limite di finanziabilità e (nullità del) credito fondiario*, in questa Rivista, I, 2015, p. 534.

mira teleologicamente a colmare il *gap*. Nello specifico, poi, -a *latere* dell'abbassamento a sessant'anni del limite di età per richiedere il prestito, rispetto ai previgenti sessantacinque- è utile rimarcare che la legge *de qua* non stabilisce alcun limite massimo. Al contrario di quanto avviene nei mutui tradizionali, l'età molto avanzata del sottoscrittore non è valutata in termini negativi, bensì quale fattore concorrente, insieme alla valutazione dell'immobile, per l'ottenimento di un prestito più cospicuo.

Per contro, valutando il fattore soggettivo in rapporto alla parte finanziatrice, deve sottolinearsi che -differentemente da quanto prescritto al novellato art. 38 T.u.b. per la concessione del credito fondiario- la l. n. 44/2015 non limita esclusivamente al circuito bancario la possibilità di concessione del prestito vitalizio ipotecario, ricomprendendovi, espressamente, anche agli intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b.¹⁵⁴

Da un punto di vista oggettivo, invece, una delle principali peculiarità del prestito vitalizio ipotecario, che vale a differenziarlo dalla maggioranza degli schemi negoziali riconducibili al mutuo, attiene alla modalità di rimborso, che si concretizza sostanzialmente in assenza di rate, per tutta la durata della vita del beneficiario. La legge prevede, però, che, per la sola quota di interessi e spese, il finanziato possa esercitare la facoltà di scegliere modalità di rimborso rateale, nella misura in cui ritenga più conveniente tale strada rispetto a quella ordinaria, prevista al

¹⁵⁴ Si tratta di istituti la cui attività, al pari delle banche, è comunque soggetta a cautele, oltre alla vigilanza della Banca d'Italia, tali da dover far presumere un grado di garanzia e trasparenza perlomeno equiparabile a quello delle banche. Anzi, la locuzione utilizzata nella novella del 2015 può essere ritenuta più garantista rispetto alla dizione utilizzata dal legislatore del 2006 che affiancava, a tali soggetti autorizzati, la generica categoria delle “*aziende e istituti di credito*”.

comma dodici, ossia il rimborso integrale in un'unica soluzione. Il soggetto finanziato, infatti, potrebbe reputare utile sobbarcarsi in tutto o in parte la restituzione del finanziamento, senza dunque gravare necessariamente sugli eredi, almeno per la quota suddetta, con l'ulteriore vantaggio di evitare la capitalizzazione annuale. Tale potere di scelta non è invece previsto per il rimborso del capitale.

L'elemento, di sicuro favore per il beneficiario, merita di essere inquadrato nel più ampio tema dell'onerosità dell'istituto qui esame.

2.5 Analogie con il mutuo di cui artt. 1813 ss. c.c.

L'elemento dell'onerosità consente l'accostamento del prestito vitalizio ipotecario allo schema del mutuo, di cui agli artt. 1813 ss. c.c.

Con il mutuo condivide, altresì, la generale caratteristica di realtà, attesa l'essenziale consegna della cosa, rappresentata da una determinata somma di danaro, sebbene, come è noto, nelle declinazioni del mutuo è ammissibile anche la figura del mutuo consensuale.

L'effetto reale di trasferimento della proprietà della somma potrebbe poi, nel prestito vitalizio ipotecario, essere raggiunto mediante la riscossione di assegni circolari, bonifico bancario su un conto corrente, ovvero persino mediante consegna diretta della somma a terzi, verosimilmente in ipotesi di ristrutturazione di pregressi debiti.

Stante la generale assenza di un vincolo di destinazione della somma, può ritenersi che essa possa essere finalizzata altresì alla copertura

di un pregresso debito verso il medesimo mutuante, alla stessa stregua di quanto da ultimo ribadito dalla giurisprudenza di legittimità per il credito fondiario.¹⁵⁵

2.6 Il meccanismo marciano nel prestito vitalizio ipotecario.

Tentativi di qualificazione in termini di mandato in *rem propriam*

Ma è con riguardo al mancato rimborso del prestito che la nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario si presenta interessante, proprio in relazione al meccanismo marciano introdotto dal comma 12 *quater* dell'art. 11-*quaterdecies* del d.l. 30 settembre 2005, n. 203. Tale disposizione prevede che qualora il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi di specifici eventi indicati nel comma dodicesimo -morte del finanziato; trasferimento, in tutto o in parte, della proprietà o di altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia; compimento di atti che ne riducono significativamente il valore-, il finanziatore possa vendere "*l'immobile a un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso*", il tutto in deroga alle norme civilistiche in materia di esecuzione forzata immobiliare di cui agli artt. 555 ss. c.p.c.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Cfr. Cass., 12 settembre 2014, n. 19282, in Giur. comm., 2015, II, p. 752.

¹⁵⁶ Si tratta di una soluzione che riprende le regole che governano l'escussione dell'immobile concesso in garanzia nei Paesi di *Common Law*, dove al *mortgagor*, cioè al mutuante, spetta per legge il c.d. *power to sell*, cioè il potere di vendere l'immobile a garanzia del *mortgage*, e soddisfarsi sul ricavato della vendita a terzi, salvo l'obbligo di restituzione al debitore dell'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito scaduto.

Secondo una parte della dottrina¹⁵⁷ si sarebbe in presenza di un mandato con rappresentanza di fonte legale concesso al finanziatore *in rem propriam*, e quindi irrevocabile, esercitabile dopo la morte del debitore, con le finalità e nei casi previsti dalla legge. Il prezzo della vendita estingue il debito con restituzione dell'eccedenza agli aventi diritto.

Secondo i fautori di questa impostazione, la configurabilità di un mandato che si perfeziona durante la vita del mandante ma che deve essere eseguito dopo la sua morte, si radicherebbe su due ordini di argomentazioni. Innanzitutto, dal sul piano letterale, l'art. 1723, comma secondo, c.c., nel prevedere che il mandato "*non si estingue per la morte o per la sopravvenuta incapacità del mandante*", consente un'ultrattività del mandato dopo la morte del mandante. Inoltre, la funzione del mandato non è quella di sottrarre beni all'attivo dell'asse ereditario, alterando le ordinarie regole successorie, ma quella di consentire la stipula di un contratto di finanziamento tra l'istituto di credito e il soggetto finanziato.

Senonché, la definizione del prestito vitalizio ipotecario come mandato irrevocabile a vendere di fonte legale poco si addice alla figura in commento, dove manca proprio il contratto di mandato. Il finanziatore, infatti, procede alla vendita del bene senza passare dalla normale procedura esecutiva, non in base ad un accordo con la controparte, ma in

¹⁵⁷ Cfr. R. GENGHINI, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contr. e impr.*, 1995; MENNELLA-PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Quaderni di Notariato*, 2015; A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, Torino, 2016.

virtù di un potere regolamentato e a lui attribuito direttamente dalla legge.

La distinzione assume rilievo centrale perché la questione della compatibilità del mandato ad alienare con il divieto di stipulazioni commissorie non è affatto nuova e ha dato luogo, sia in dottrina che in giurisprudenza, a soluzioni divergenti.

Alcune pronunce di legittimità¹⁵⁸ hanno ritenuto idoneo a integrare la violazione dell'art. 2744 c.c. il collegamento funzionale tra il mutuo e la procura a vendere conferita dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, collegamento ritenuto necessario dal momento che il patto commissorio è configurabile solo quando il debitore è costretto al trasferimento di un bene “*a tacitazione della sua obbligazione*”¹⁵⁹, e non anche quando il trasferimento sia frutto di una scelta.

Tuttavia, la valorizzazione della teoria della causa in concreto e l'esigenza di non estendere automaticamente la portata del divieto di cui all'art. 2744 c.c. a tutti i negozi di trasferimento di un bene in garanzia, ha indotto parte della dottrina ad affrontare il problema della compatibilità del mandato ad alienare con il divieto di patto commissorio, sulla scorta della *ratio* ad esso sottesa.

Secondo le tesi soggettivistiche, che fondano il divieto di stipulazioni commissorie sull'esigenza di assicurare la *par condicio creditorum* o sulla tutela della posizione del debitore, dovrebbe

¹⁵⁸ Cfr. Cass. civ. 10 marzo 2011, n. 5740; Cass. civ. 29 novembre 2013, n. 26851; Cass. civ., sez. III, 8 luglio 2014, n. 15486, in Nuova giur. civ. comm., 2015, con nota di D. FAUCEGLIA, *Procura a vendere e patto commissorio: Cass. 8.7.2014, n. 15486*.

¹⁵⁹ Cfr. Cass. civ., 6 novembre 1996, n. 9675.

concludersi per la validità del mandato ad alienare a scopo di garanzia, perchè, nel primo caso, gli altri creditori del mandante, qualora venissero pregiudicati dal mandato, potrebbero tutelarsi con l'azione revocatoria. Mentre, nel secondo caso, il pericolo di un approfittamento del debitore-mandante da parte del creditore-mandatario, dovrebbe essere scongiurato dall'applicazione delle norme sul mandato e, tra queste, dall'art. 1710 c.c., che obbliga il mandatario ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia e l'art. 1713, comma primo, c.c., che obbliga il mandatario al rendiconto e alla restituzione di quanto ricevuto a causa del mandato, sicché il debitore potrebbe sempre verificare l'effettiva proporzione tra prezzo e valore del bene venduto in esecuzione del mandato, facendo propria l'eccedenza rispetto al credito garantito.

Per le tesi pubblicistiche o ordinamentali, che fondano il divieto sull'inderogabilità delle procedure esecutive giudiziarie, il mandato ad alienare un bene in garanzia dovrebbe essere illecito, indipendentemente dall'abbinamento, al negozio di alienazione, di una cautela marciانا.

Tuttavia, come sopra esposto, nel caso di specie siamo al di fuori del conferimento di un mandato.

2.7 *Ius vendendi* e opponibilità nei confronti dei terzi

Ulteriore profilo d'indagine attiene al rapporto intercorrente tra lo *ius vendendi* ed il contenuto tipico dell'ipoteca sottesa al patto marciانا e, in particolare, se il potere espropriativo privato sia opponibile ai terzi da parte del creditore procedente.

Al riguardo, in dottrina si sono confrontate due tesi. La prima, c.d. obbligatoria, scinde gli effetti propri della garanzia ipotecaria

-consistente nel potere di fare espropriare il bene e nella causa legittima di prelazione sul ricavato della vendita- dallo *ius vendendi*. Quest'ultimo sarebbe un diritto ulteriore rispetto al diritto reale di garanzia -i.e. l'ipoteca- ed è esercitabile solo se il bene resta nella disponibilità del debitore, secondo le regole della legittimazione rappresentativa del mandato *in rem propriam*.

In questa prospettiva di analisi, l'atto di disposizione sul bene determinerebbe solo la decadenza dal beneficio del termine e la possibilità di avviare il processo di espropriazione forzata ordinaria, mentre il trasferimento della proprietà, facendo uscire il bene dal patrimonio del rappresentato, renderebbe impossibile l'esecuzione del mandato, *poiché il debitore trasferisce la situazione sostanziale oggetto del potere rappresentativo*¹⁶⁰.

L'opposta impostazione, c.d. reale, radica lo *ius vendendi* sulla struttura formale dell'ipoteca, la quale sarebbe, nella fattispecie, svuotata della sua funzione di garanzia per realizzare l'effetto dell'opponibilità ai terzi del potere legale di disposizione in funzione di autotutela satisfattiva. Di conseguenza, il potere di far espropriare il bene sarebbe opponibile proprio perché contenuto tipico di questa differente tipologia di ipoteca¹⁶¹.

¹⁶⁰ In questo senso cfr. testualmente G. O. MENNELLA, *Il rimborso del prestito*, in *Il prestito vitalizio ipotecario*, (a cura di) G. O. MENNELLA - G. C. PLATANIA, cit. p. 182 s.

¹⁶¹ A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca*, cit. p. 358, per il quale l'ipoteca "non svolge affatto la funzione di garanzia, normalmente assegnata ad un'ipoteca, ma viene piegata ad altro scopo. Cioè a rendere opponibile ai terzi il potere di vendita stragiudiziale dell'immobile, attribuito dalla legge al finanziatore".

Nell'ambito della tesi c.d. reale, è dato rilevare una cesura tra quanti optano per l'opponibilità del potere di espropriazione anche nei confronti dei terzi acquirenti del bene ipotecato¹⁶² e quanti negano tale effetto anche nei confronti dei potenziali acquirenti.

Quanti danno una risposta positiva al quesito,¹⁶³ radicano l'assunto su un argomento di carattere letterale. In particolare, tali autori hanno osservato come il testo normativo offra un forte argomento a favore dell'opponibilità del potere di escussione ai terzi allorché collega lo *ius vendendi* al mancato rimborso del finanziamento, a prescindere dal fatto che ha reso immediatamente esigibile la prestazione restitutoria, prevedendo che il creditore “vende il bene” trascorsi dodici mesi “*dal verificarsi degli eventi di cui al comma 12*”, fra i quali figura il trasferimento della proprietà e la costituzione di diritti reali minori sul bene.

Ulteriore elemento testuale si coglie, inoltre, nell'individuazione dei soggetti titolari della pretesa alla restituzione della differenza positiva fra credito e valore del bene, comprensiva del “*finanziato o dei suoi aventi causa*”.¹⁶⁴

Poiché la garanzia reale, in sé, è inidonea a sottrarre il bene alla garanzia patrimoniale generica degli altri creditori, può darsi che il bene ipotecato venga pignorato da terzi. Qualora il pignoramento sia iscritto per una somma superiore al venti per cento del valore del bene ipotecato,

¹⁶² Cfr. A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca*, cit. p. 160; V. CONFORTINI, *Il primato del credito*, cit.; R. LENZI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 332.

¹⁶³ V. CONFORTINI, *Il primato del credito*, cit. p. 224.

¹⁶⁴ In tal senso ancora A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca*, cit. p. 360.

il creditore ipotecario può esercitare lo *ius vendendi* ed escutere la garanzia in autotutela.

Tale argomentazione si desume dal tenore letterale dell'art. 3 del D. M. 22 dicembre 2015 e dagli artt. 1, comma dodicesimo, e 11-*quaterdecies* del d.l. 30 settembre 2005, n. 203.

In questo senso, ad onta dell'opponibilità del potere di escussione anche nei confronti dei terzi acquirenti, l'ipoteca mantiene anche la sua tradizionale funzione di garanzia, perché la riserva di utilità destinata in via prioritaria al creditore non è costituita solo dallo *ius vendendi*. Infatti, il vincolo del valore del bene alla soddisfazione prioritaria del creditore necessita di una causa di preferenza, che rende opponibile non tanto il potere di disporre ma quello di far propria l'utilità ricavata con esclusione degli altri creditori che vantino pretese sul medesimo patrimonio.

Pertanto, nel prestito vitalizio ipotecario, parrebbe esservi una modifica di uno dei due effetti tipici dell'ipoteca. In particolare, non vi è la semplice riserva di utilità¹⁶⁵, cioè la sola funzione di garanzia, ma è rinvenibile anche il meccanismo di conversione del bene in danaro. Quest'ultimo non si svolge sulla scorta dell'esercizio del potere di far

¹⁶⁵ Secondo le teorie patrimonialistiche l'obbligazione si presenta con una duplice postura: fisiologicamente, nella forma di attribuzione di utilità e, quando non venga adempiuta, nella forma di una risoluzione di un conflitto mediante l'attribuzione di utilità. Sul punto cfr. L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione (Parte I)*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2019. La tesi secondo la quale la tutela esecutiva costituirebbe una forma di realizzazione del credito funzionalmente equivalente all'adempimento e, quindi, la tesi dell'equivalenza funzionale tra l'adempimento volontario e l'esecuzione coattiva era già presente in S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, il quale ritiene ricavabile dal sistema un principio generale secondo il quale “*per la realizzazione del diritto non è necessaria l'attività propria del soggetto obbligato, né (sempre) la prestazione dell'oggetto dedotto in obbligazione*”; F. CARNELUTTI, *diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale*, II, Padova, 1928; R. NICOLÒ, *l'adempimento dell'obbligo altrui*, 1936.

espropriare ai sensi dell'art. 1808 c.c., ma per effetto di un potere di espropriazione posto in essere secondo un processo privato anche presso il terzo acquirente, cioè in funzione di autotutela esecutiva¹⁶⁶.

Poiché la legge tace sulle modalità di esercizio del potere di espropriazione privata, nè dispone l'attrazione dell'escussione stragiudiziale nel processo giurisdizionale, ne derivano profili critici con riguardo alla responsabilità del creditore procedente in riferimento all'individuazione dei soggetti titolari del diritto al c.d. supero e, quindi, in ordine alla tutela dei creditori concorrenti sul ricavato della vendita.

Com'è stato osservato da una parte della dottrina,¹⁶⁷ tali criticità sono simili a quelle che possono sorgere nel caso di iscrizioni ipotecarie successive.

In particolare, l'alternativa si pone tra l'obbligo di restituzione dell'intero supero al debitore e quello di semplice custodia delle somme ricavate dalla vendita.¹⁶⁸

La dottrina¹⁶⁹ risolve il quesito in quest'ultimo senso. Infatti, diversamente opinando, si verrebbe a modificare la sfera giuridica dei terzi creditori e a privarli della garanzia reale.

Ciò posto, questa considerazione apre all'ulteriore questione afferente al se l'obbligo del creditore procedente sia circoscritto ad un dovere di custodia delle somme ricavate dalla vendita, destinate ad essere oggetto di azioni esecutive individuali da parte degli altri creditori

¹⁶⁶ In tal senso cfr. V. CONFORTINI, *Il primato del credito*, cit.

¹⁶⁷ A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca*, cit. p. 361; R. LENZI, *Prestito vitalizio ipotecario*, cit. p. 334 ss. e 343 ss.

¹⁶⁸ In tal senso cfr. R. LENZI, o.u.c., p. 334 ss e 343 ss.

¹⁶⁹ Cfr. o.a.u.c.; cfr. ancora V. CONFORTINI, *Il primato del credito*, cit. p. 225.

secondo le regole ordinarie poste dal Codice di procedura civile, ovvero se tale dovere di custodia¹⁷⁰ si accompagna a quello di procedere ai riparti.

L'impostazione dottrinale richiamata è assestata nel senso che il creditore istante debba procedere anche ai riparti secondo le ragioni di preferenza vantate dagli aventi causa del debitore, quale affidatario di un processo espropriativo privato.¹⁷¹

2.8 I rimedi alternativi alla vendita del bene

La speciale procedura di vendita introdotta dal comma 12 *quater* non è obbligatoria, ma costituisce solo un'ulteriore facoltà concessa al creditore, il quale rimane libero di optare per l'ordinaria procedura esecutiva. Quest'ultima, inoltre, potrebbe essere l'unica percorribile nelle ipotesi di inadempimento del debitore o del terzo datore di ipoteca, il quale vende l'immobile o costituisce diritti reali a favore di terzi, che determinano l'uscita del bene dal patrimonio del debitore e costringono il

¹⁷⁰ Qualificare il creditore come custode delle somme ricavate dalla vendita ne avvicina la posizione a quella rivestita negli ordinamenti di *common law* -da cui la fattispecie è mutuata-, dove il creditore che eserciti il *power to sell* diventa *trustee* degli altri creditori, nel cui interesse deve custodire il ricavato dalla vendita e poi distribuirlo secondo le rispettive ragioni di credito. In tal senso cfr. V. CONFORTINI, *Il primato del credito*, cit. p. 226; G. C. PLATANIA, *Un istituto che viene da lontano*, in *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit. p. 22.

¹⁷¹ In tal senso cfr. R. LENZI, o.u.c., in cui testualmente “*delle due l'una: o la legittimazione a disporre non è opponibile ai terzi, siano essi aventi causa, creditori ipotecari o creditori esecutanti, e quindi il creditore potrà soltanto far valere la propria garanzia ipotecaria [...] oppure il creditore, in quanto legittimato a disporre con un potere opponibile erga omnes, diventa affidatario del procedimento esecutivo, attuato in forma privata, e quindi responsabile della corretta distribuzione del supero agli aventi diritto. Conservare al creditore un'intangibile legittimazione a disporre ed al contempo esimerlo da qualsiasi considerazione in ordine ad una distribuzione perequata del supero vorrebbe dire, [...] che il bene oggetto di garanzia di un p.v.i. sarebbe al riparo da qualsiasi azione esecutiva o iscrizione ipotecaria da parte di altri creditori del garante, con sottrazione del bene in questione alle regole di responsabilità verso gli altri creditori, indipendentemente dall'ammontare del credito derivante dal prestito vitalizio ipotecario, rimanendo ai creditori la sola possibilità di agire sul credito eventuale del garante alla restituzione del supero, nella forma quindi del pignoramento del credito*”. Analogamente per il pegno cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno*, Torino, 2005, p. 341.

finanziatore a pignorare l'immobile alienato al terzo e a proseguire nei suoi confronti l'azione esecutiva.

In ogni caso, la scelta di esperire¹⁷² le ordinarie procedure esecutive potrebbe risultare meno vantaggiosa sia per il creditore che per il debitore, poiché non escluderebbe una sua responsabilità per l'intero debito.

Inoltre, la stima del bene, che deve tener conto del valore di mercato dell'immobile, avviene al momento dell'inadempimento e la tutela del debitore in ordine alla imparzialità della valutazione del perito è comunque assicurata dalla possibile applicazione dell'art. 1349, comma primo, c.c., quale regola generale in quest'ambito.

Se questo è sufficiente a garantire una vendita a giusto prezzo, la possibilità, diretta a favorire la circolazione degli immobili, che il finanziatore ha di abbassare progressivamente il prezzo dell'immobile, riduce fino ad azzerare la speranza di un'eccedenza di valore del bene rispetto al credito garantito con conseguente pregiudizio per il debitore e per i suoi eredi¹⁷³, quantunque compensati dall'esdebitazione, ma soprattutto per gli altri eventuali creditori.

2.9 Differenze con il patto marciano di cui all'art. 120

quinqüiesdecies

¹⁷² Cfr. P. PERLINGIERI, *Il giusto rimedio*, in *Il giusto processo civile*, Napoli, 1/2011, p. 6, secondo cui "affermare che la previsione di un rimedio è misura della rilevanza giuridica di un interesse (*ubi remedium ibi ius*) non è operazione logico-giuridica diversa dall'affermare che una situazione è meritevole di tutela soltanto se qualificata dall'ordinamento come diritto (*ubi ius ibi remedium*)"; per la distinzione tra forme e tecniche di tutela, cfr. A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro italiano*, vol. V, Milano, 1989, p. 132 s.s.

¹⁷³ Infatti, trascorso un anno da quando il creditore avrebbe potuto alienare l'immobile senza che la vendita abbia avuto luogo, il valore del bene viene decurtato del 15% per ogni dodici mesi successivi fino al perfezionamento della vendita immobiliare.

Rispetto alla clausola marciana che accede al contratto di credito immobiliare ai consumatori, il prestito vitalizio ipotecario si presenta strutturalmente diverso.

Innanzitutto, non costituisce un vero e proprio patto, in quanto l'eventuale vendita del bene da parte del finanziatore non è conseguenza di un accordo con il debitore, ma è un effetto legale.

Inoltre, sul piano degli effetti, in caso di inadempimento del debitore o del terzo datore d'ipoteca, il finanziatore, a differenza del marciano delineato nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori, non acquista la proprietà *ex lege* del bene immobile gravato da garanzia reale, essendogli preclusa la possibilità di ottenerne l'assegnazione in pagamento, ma si vede attribuito dalla legge solo il potere di venderlo per soddisfarsi sul ricavato, per equivalente, e restituire l'eccedenza agli aventi diritto.

Inoltre, rispetto al modello di patto marciano che si è venuto prima accreditando sulla scorta dell'elaborazione giurisprudenziale e, poi, positivizzato dal legislatore con le previsioni di cui all'art. 120 *quinquiesdecies* T.u.b. in epoca successiva all'introduzione del prestito vitalizio ipotecario, quest'ultimo presenta alcune deviazioni, di cui la più significativa è la circostanza che l'art. 11 *quaterdecies*, comma dodicesimo, prevede espressamente la capitalizzazione annuale degli interessi che maturano sulla somma data a mutuo, dalla data di costituzione a quella di estinzione del rapporto.

La previsione di interessi anatocistici rappresenta la causa principale di amplificazione del costo del credito¹⁷⁴ che, prima ancora del meccanismo marciano, rischia di pregiudicare le ragioni del mutuatario e dei suoi eredi.

Entrambe le convenzioni marciane sono accomunate dal fatto di essere afferenti a un particolare settore dell'economia, cioè quello bancario. Ciò è particolarmente esplicito per la disciplina di cui all'art. 120 *quinquiesdecies* T.u.b. -e anche per l'art. 48 *bis* T.u.b.-, in quanto introdotta dal legislatore proprio all'interno del Testo unico bancario, ma, tuttavia, il prestito vitalizio ipotecario rientra nella categoria dei contratti

¹⁷⁴ L'inclusione degli interessi moratori nel calcolo del tasso rilevante ai fini della verifica di usurarietà non è stata sempre pacifica in dottrina e in giurisprudenza. La tesi della estraneità alla disciplina antiusura della materia degli interessi moratori è stata supportata da diversi argomenti, sia letterali che sistematici. Dal punto di vista letterale, è stato affermato che la figura tipica dell'usura è quella descritta dall'art. 644 c.p., il cui esplicito riferimento a ciò che viene dato o promesso «in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità» sembra circoscrivere il fenomeno usurario alla pattuizione di interessi corrispettivi e che una conferma di ciò possa essere ricavata proprio dall'art. 19, par. 2, dir. n. 48/2008/CE, il quale espressamente esclude dal calcolo del T.A.E.G. eventuali penali per inadempimento. In particolare, tale soluzione ermeneutica riconduce la previsione contrattuale di interessi moratori nell'alveo delle clausole penali, con conseguente applicazione, ove ne ricorrano i presupposti, del potere equitativo di riconduzione attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. L'opposto orientamento è stato, invece, espresso, per primo, dalla Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Dejure online*, con cui è stato affermato che «il ritardo colpevole non giustifica di per sé il permanere della validità di un'obbligazione così onerosa e contraria al principio generale posto dalla legge», poi ribadito da: Cass., 17 gennaio 2000, n. 14899, *ivi*; Cass., 13 giugno 2002, n. 8442, *ivi*; Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, *ivi*; Cass., 25 maggio 2004, n. 10032, *ivi*; Cass., 22 aprile 2010, n. 9532, *ivi*; Cass., 13 maggio 2010, n. 11632, *ivi*; Cass., 13 gennaio 2010, n. 350, in *Pluris online*. In senso favorevole all'inclusione nel c.d. tasso-soglia degli interessi moratori cfr. anche Corte cost., 3 gennaio 2002, n. 29, *ivi*, secondo cui «*il tasso soglia riguarda anche gli interessi moratori*». Infine, con la sentenza del 18 settembre 2020, n. 19597, *ivi*, le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno stabilito il seguente principio di diritto «*la disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso*».

bancari -e, in particolare, nell'ambito delle operazioni di credito o operazioni c.d. attive-, per la categoria dei soggetti che possono accedervi.

Infatti, possono stipulare tale tipologia contrattuale solo le banche e gli intermediari finanziari di cui all'art. 106 T.u.b.

Ciò implica che, tra le fonti primarie di disciplina, oltre alle disposizioni sul contratto in generale¹⁷⁵ contenute nel Codice civile, vi è anche il Testo unico bancario e, in particolare, oltre alla disciplina del credito fondiario con esso compatibili, anche tutte le disposizioni in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e a tutela dei clienti delle banche e degli intermediari finanziari contenute nel titolo VI del T.u.b., in quanto compatibili.¹⁷⁶

Se, inoltre, il soggetto finanziato è un consumatore, il contratto da lui stipulato sarà disciplinato anche dal Codice del consumo e, segnatamente, dalle disposizioni volte a tutelare il contraente debole dai possibili abusi della controparte negoziale.¹⁷⁷ In particolare, essendo il contratto predisposto per adesione troverà applicazione la disciplina di cui agli artt. 33 e seguenti del Codice del consumo in materia di clausole vessatorie.¹⁷⁸

¹⁷⁵ P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, Napoli, 2001, p. 17 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, Padova, 1959, p. 165 ss.; G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, in F. Viola e Id., Roma-Bari, 1999, p. 242 ss.

¹⁷⁶ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969.

¹⁷⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 417 ss.

¹⁷⁸ Cfr. V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno resp.*, 2008, p. 536 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 1599 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle*

Capitolo II

La clausola marciana nei contratti di credito alle imprese

1. Il patto marciano di cui all'art. 48 bis T.U.B. L'ambito oggettivo.

L'art. 2 del d.l. n. 59 del 3 maggio 2016, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 119 del 30 giugno 2016, c.d. Decreto Banche, ha introdotto, all'interno del Testo unico in materia bancaria e creditizia, il nuovo art. 48-bis, rubricato “*Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*”.

Tale intervento si inserisce all'interno di un più ampio progetto del legislatore volto a semplificare e rendere più flessibile il sistema dell'accesso al credito, con l'obiettivo di allineare il diritto italiano agli sviluppi registrati in ambito europeo e internazionale, specie in ambito Uncitral¹⁷⁹.

Sezioni Unite, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 445 ss.; F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 1 ss.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; C.E. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 632; A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 114; F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi della disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 79 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001

¹⁷⁹ Acronimo di *United Nations Commission on International Trade Law* (Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale). E' stata creata con risoluzione 2205 (XXI) il 17 dicembre 1966 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite al fine di promuovere la progressiva armonizzazione e unificazione del diritto commerciale internazionale. L'UNCITRAL svolge il suo lavoro in sessioni annuali che si tengono alternativamente a New York e a Vienna. L'UNCITRAL ha inoltre creato le c.d. “*Regole uniformi*”, clausole modello per la preparazione di contratti: norme di

L'art. 48 *bis* T.u.b. prevede che *“il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'articolo 106 può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore a norma del comma 5. La nota di trascrizione del trasferimento sospensivamente condizionato di cui al presente comma deve indicare gli elementi di cui all'articolo 2839, secondo comma, numeri 4), 5) e 6), del codice civile. In caso di inadempimento, il creditore ha diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1, purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento”*.

Ai sensi del comma primo dell'articolo 48-*bis* T.u.b., il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca¹⁸⁰ -o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'art. 106 T.u.b.- può essere garantito dal trasferimento di un diritto reale dell'imprenditore o di un terzo, in favore del creditore o di

arbitrato UNCITRAL (1976), norme di conciliazione UNCITRAL (1980), norme di arbitraggio UNCITRAL (1982), e note per la risoluzione di un contenzioso in via stragiudiziale (1996).

¹⁸⁰ In ordine ai profili applicativi dell'istituto cfr A. CILENTO, *L'art. 48 bis T.U.B.: profili applicativi*, in *De Iustitia*, 9/2020; N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano tra banche e imprese di cui all'art. 48-bis t.u.b.*, in *Studium iuris*, 2017, p. 553 s.s.

una società controllata o collegata, che sia autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari.

Dalla lettura della norma è pacifico che il patto ivi descritto possa garantire esclusivamente le obbligazioni contratte dall'imprenditore derivanti da un contratto di finanziamento, restando così escluse dall'ambito applicativo dell'istituto tutte le fattispecie di concessione del credito che non trovino causa in un contratto di finanziamento quale, ad esempio, l'emissione di titoli obbligazionari.

1.2 Ambito soggettivo di applicazione

Con riguardo all'ambito soggettivo, l'istituto in argomento trova applicazione esclusivamente nei contratti di finanziamento sottoscritti da

una banca o da un istituto abilitato all'esercizio dell'attività di *lending*¹⁸¹ nei confronti del pubblico, da una parte, e un imprenditore, dall'altra.

Non è, però, richiesta una necessaria coincidenza tra le parti del contratto di finanziamento e quelle della clausola marciana, essendo possibile che quest'ultima venga stipulata tra un terzo datore di

¹⁸¹E' l'attività di prestito bancario. Vi sono varie tipologie di *lending*, tra cui il *lending crowdfunding* o *social lending*. Il *lending crowdfunding* (o *social lending*) è uno strumento di finanziamento rappresentato dall'erogazione di un prestito mediante piattaforme *online*. Il prestito erogato appartiene alla categoria "*peer to peer*" in quanto si tratta di somme corrisposte da soggetti privati verso altri privati. Il *social lending* viene disciplinato alla sezione IX della delibera n. 586/2016 della Banca d'Italia. L'attività dei gestori dei portali di *crowdfunding* è consentita nel rispetto delle norme che riservano specifiche attività a determinate categorie di soggetti (per esempio, per quanto riguarda l'attività di raccolta di risparmio presso il pubblico o l'attività bancaria). Secondo l'art. 11 del T.u.b. l'attività di *social lending* non costituisce attività di raccolta di risparmio dal pubblico, la quale è riservata ai soli istituti bancari. Vengono comunque definiti limiti massimi di acquisizione dei fondi tramite le piattaforme *online*, volti a impedire ai soggetti non bancari di raccogliere fondi per un ammontare rilevante presso un numero indeterminato di risparmiatori. La possibilità di raccolta senza limiti rimane riservata solo alle banche che esercitano attività di *social lending*. L'erogazione del finanziamento avviene attraverso la sottoscrizione di un contratto che prevede le modalità di rimborso e di remunerazione del capitale attraverso il riconoscimento di un tasso d'interesse. Lo scopo è quello di fornire finanziamento alle imprese o ai professionisti in cerca di fondi destinati a progetti imprenditoriali oppure in un'ottica di breve termine per garantirsi liquidità: le piattaforme facilitano l'incontro tra domanda e offerta di capitali e si rivolgono a una platea di finanziatori sia *retail* che professionali/istituzionali, riducendo i tempi di risposta e i costi legati alla concessione del credito rispetto al sistema bancario. L'attività di *lending crowdfunding* è soggetta alla vigilanza della Banca d'Italia e della Consob secondo quanto disposto dall'art. 5 del regolamento Ue 2020/1503. Per un'analisi del fenomeno dell'erogazione di prestito on line cfr. F. MORELLO, *Diritto dei contratti e piattaforme di credito al consumo. figure, regimi e normativa privata nella nuova intermediazione finanziaria*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 1-2/2022, p. 633 s.s.; Sciarrone Alibrandi-Borello-Ferretti-Lenoci-Macchiavello-Mattasoglio-Panisi, *Marketplace lending. Verso nuove forme di intermediazione finanziaria?*, in *Quaderni FinTech*, Consob, 2019.

garanzia¹⁸² -come, ad esempio, una società controllata o controllante del, o collegata al, debitore- e la banca o altro istituto finanziario autorizzato,

¹⁸² Nelle ipotesi in cui la garanzia che accede al contratto di finanziamento sia prestata da terzi, si è posto il problema dell'inferenza qualificatoria tra debitore principale e garante. In particolare, la giurisprudenza, nel qualificare i soggetti coinvolti nelle operazioni di finanziamento, si è più volte interrogata se la persona fisica, che presti garanzia per un debito contratto da un professionista, agendo al di fuori della propria attività professionale, possa assumere la qualifica di consumatore divenendo così destinatario delle tutele consumeristiche. Per lungo tempo, la Corte di Cassazione si è assestata su di un orientamento -inaugurato da Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2001, n. 314, proseguita da Cass. civ., 6 ottobre 2010, n. 19484; e Cass. civ., 29 novembre 2011, n. 25212- secondo il quale la qualifica del garante andasse desunta dalla qualifica soggettiva rivestita dal soggetto nel contratto principale, cui la garanzia accede. In coerenza con ciò, la giurisprudenza, valorizzando il principio di accessorietà, ha affermato che la qualità soggettiva, connotante in concreto la figura del debitore principale, fosse talmente assorbente da attrarre a sé quella del fideiussore. Conseguentemente, qualora l'obbligazione garantita fosse posta in essere da un soggetto professionista, il garante sarebbe considerabile egli stesso professionista, derivandone l'inapplicabilità della disciplina consumeristica. *Ex adverso*, se il contratto di finanziamento fosse stipulato tra un consumatore e un professionista, allora anche il garante otterrebbe tutela analoga a quella del debitore principale. Diversamente, se l'operazione negoziale da garantire avviene tra due professionisti, il garante, quantunque estraneo all'attività professionale del debitore, non beneficerebbe della tutela consumeristica. Tale impostazione non è stata condivisa dalla dottrina, la quale ha sollecitato la revisione critica della teoria del “*professionista di riflesso*”, definizione elaborata per significare, appunto, l'approccio ermeneutico che assegna al garante una qualifica soggettiva derivata in automatico dalla posizione del soggetto garante. Invero, le diverse decisioni delle Corti di legittimità, così come quelle di merito, erano fortemente condizionate dalle caratteristiche strutturali del contratto di garanzia. Per lungo tempo gli interpreti hanno inteso l'accessorietà quale vincolo indissolubile che lega l'obbligazione di garanzia all'obbligazione principale, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, sì che la qualifica del garante veniva a derivare *tout court* della qualifica soggettiva del debitore. Tale impostazione è stata superata dalla Corte di Cassazione, la quale ha rovesciato il proprio orientamento, con sentenza del 16 novembre 2021, n. 34515. Al riguardo la dottrina, invece, ha sempre fermamente sostenuto che teorizzare la sussistenza di una stringente inferenza tra la qualità del debitore e quella del garante significa escludere il garante medesimo dalla tutela ordinamentale specificamente improntata per la parte contrattuale debole del rapporto. *Ex multis*, v. F. GRECO-A. ZURLO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in Resp. civ. e prev., 5, 2020, p. 1414 il quale afferma che “*quella del garante è, di default, una posizione in re ipsa soggettivamente debole, che, in quanto tale, non può che essere vincolata alla stringente disciplina del Codice del consumo, poiché il prestatore della garanzia è astrattamente incapace di valutare, in maniera compiuta, congrua e, soprattutto, professionale il grado di rischio fisiologicamente sotteso alle obbligazioni assunte dal garantito, nonché la reale affidabilità finanziaria di quest'ultimo*”. Sul tema in generale cfr. anche E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985; L. VIZZONI, *Verso una tutela “consumeristica” del fideiussore: spunti di riflessione*, in Contratti, 2015, p. 195; A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*.

in ogni caso a garanzia esclusivamente delle obbligazioni del debitore che trovano causa nel contratto di finanziamento.

Con riguardo, invece, al riferimento che l'art. 48 *bis* T.u.b. fa alle società controllate dal creditore o affiliate al medesimo, pare ragionevole sostenere che il legislatore, inserendo tale previsione, abbia voluto prevedere l'ipotesi in cui la banca gestisca il proprio patrimonio immobiliare non direttamente, ma servendosi di società di gestione immobiliare istituite *ad hoc*.

Ciò posto, la circostanza che le parti tra cui è stipulato il patto marciano possano non coincidere con quelle del contratto di finanziamento cui la clausola accede, rende doverosa una digressione volta ad esaminare come possano incidere sulla validità del patto eventuali vicende successorie relative al contratto di finanziamento garantito.

Invero, talvolta accade che un soggetto acquisti un immobile sul quale grava un finanziamento, con l'alternativa di procedere al rimborso del medesimo oppure accollarsi il relativo debito. In questi casi, qualora sull'immobile risultino iscritte ipoteche a garanzia del finanziamento, si procede alla stipula di un atto ricognitivo e all'annotazione della vicenda successoria presso i registri della Conservatoria dei registri immobiliari. Per contro, tale procedimento non sembra potersi compiere rispetto ad un immobile trasferito ai sensi dell'art. 48 *bis* T.u.b.

Nel caso di specie, infatti, il procedimento dovrebbe consistere nella stipula, anteriormente alla vendita dell'immobile, di un atto di

risoluzione del patto marciano tra il debitore-alienante e il creditore-acquirente, da trascriversi presso i registri della Conservatoria. Soltanto in seguito il terzo potrà acquistare l'immobile ed accollarsi il relativo finanziamento e, se ne ricorrono i presupposti, trasferire nuovamente l'immobile al creditore ai sensi dell'art. 48 *bis* T.u.b.

Con riferimento, invece, alla successione nel lato attivo, in caso di cessione del contratto di finanziamento ai sensi dell'art. 1406 c.c. in favore di un soggetto diverso da quelli indicati all'art. 48 *bis* T.u.b., verrebbero meno i requisiti soggettivi per l'operatività del patto, con la conseguenza, per il cessionario, di dover rinunciare allo stesso.

Diverso è il caso in cui, anziché cedere il contratto, la banca o il soggetto autorizzato all'esercizio dell'attività finanziaria nei confronti del pubblico ceda, ai sensi dell'art. 1260 c.c., soltanto il credito ivi derivante.

Con riferimento a tale fattispecie, a prescindere dalla circostanza che il cessionario sia in possesso dei requisiti soggettivi indicati nell'art. 48 *bis* T.u.b., la cessione non incide in alcun modo sulla validità del patto marciano, giacché non vi sarebbero modifiche soggettive del contratto di finanziamento.

1.3 Struttura del patto marciano di cui all'art. 48 *bis* T.u.b.

Dalla lettura dell'art. 48 *bis* T.u.b.¹⁸³ emerge che gli elementi costitutivi della convenzione marciana in esso regolata sono: il trasferimento, da parte del debitore in favore della banca, di un immobile -purché non destinato ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o dei suoi parenti o affini entro il terzo grado- sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore; l'obbligo della banca di versare al finanziato l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito garantito; l'esecuzione della stima del bene, da effettuarsi successivamente all'inadempimento, con modalità che garantiscano l'imparzialità del perito e l'attendibilità della stessa; la facoltà della banca finanziante di non avvalersi del patto una volta verificatosi l'inadempimento del debitore; la predeterminazione da parte del legislatore dell'inadempimento minimo necessario perché possa considerarsi avverata la condizione sospensiva, cui è subordinato il trasferimento del bene; la fissazione del momento di avveramento della condizione sospensiva in coincidenza della comunicazione, da parte della banca al debitore, del valore di stima ovvero in coincidenza del pagamento al debitore dell'eventuale eccedenza rispetto all'ammontare del debito; un regime di pubblicità del patto marciano e dell'eventuale ipoteca di cui il bene da trasferire sia gravato, che comporta la prevalenza del patto sulle trascrizioni o iscrizioni eseguite da terzi successivamente all'iscrizione

¹⁸³ Sull'istituto cfr. *ex multis* anche D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis tub*, in *Riv. not.*, 2016, 6, 1111 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 5, p. 931 ss.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. Giur.*, 2016, 12, p. 1477 ss.

ipotecaria sul bene o, a seconda dei casi, sul pignoramento del bene stesso o sul fallimento del proprietario del bene.

Anche in questa ipotesi, come per il credito immobiliare ai consumatori, i primi tre requisiti rappresentano elementi costitutivi della convenzione, i quali, come per l'art. 120 *quinqüiesdecies* T.u.b., corrispondono al nucleo essenziale del patto marciano di diritto comune.¹⁸⁴

Per quanto attiene agli altri elementi della fattispecie, il quarto requisito costituisce il tratto peculiare dell'istituto, senza il quale si uscirebbe fuori dal modello normato dall'art. 48 *bis* T.u.b., che, invece, sembra da escludersi rispetto al paradigma marciano di diritto comune.

Considerato, infatti, che il patto marciano -sotto questo aspetto non diversamente dal patto commissorio- assume i caratteri di un'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, ne consegue, per un verso, che il creditore non può attivare un'esecuzione forzata giudiziale prima dell'inadempimento -costituendo essa il presupposto indefettibile della procedura esecutiva- e, per altro verso che, verificatosi l'inadempimento, si avvera l'evento dedotto in condizione¹⁸⁵, con conseguente trasferimento della proprietà del bene nel

¹⁸⁴ Cfr. G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. Comm.*, 4/2017, pag. 583 ss: «Si può peraltro rilevare come il meccanismo (...) di cui al patto marciano, sia presente, almeno indirettamente, anche in altre norme codicistiche: si pensi all'art. 1851, in materia di anticipazione bancaria; all'art. 1963, in merito all'anticresi; all'art. 1982, in tema di cessione dei beni ai creditori e all'art. 2803, riguardante il pegno irregolare».

¹⁸⁵ Per un'analisi approfondita circa la condizione di inadempimento e i rimedi sinallagmatici alternativi alla risoluzione cfr. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio*

patrimonio del creditore, al quale resta, perciò, preclusa la possibilità di instaurare un processo di espropriazione forzata¹⁸⁶.

Riguardo al regime di pubblicità e alla stima del valore del bene da parte del perito indipendente, è da ritenere che anch'essi costituiscano profili qualificanti la fattispecie e che la relativa disciplina abbia anch'essa natura cogente nell'ambito del contratto di credito all'impresa.

Viceversa, è modificabile pattiziamente la disciplina relativa al momento in cui si verifica il trasferimento del bene.

Quanto ai requisiti formali, l'art. 48 *bis*, comma quarto, T.u.b. prevede che il patto marciano possa essere stipulato al momento della conclusione del contratto di finanziamento o, anche per i contratti in corso alla data di entrata in vigore del c.d Decreto Banche, per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali.

condizionato, Padova, 1996 p. 124 s.s.; ID, *Atto dovuto ed evento condizionale*, cit., p. 1051; G. PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile*; ID, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 203 ss.; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 315; E. MARMOCCHI, *Della condizione di adempimento della prestazione*, in Riv. Not., 1983, p. 482 ss.; A. IANNACCONE, *L'adempimento dedotto in condizione*, nota a Cass. 24 giugno 1993, n. 7007, cit., in Giur. It., 1995, I, 1, col. 329 ss.; F. BESOZZI, *La condizione di inadempimento*; S. MAIORCA, voce *Condizione*, in Dig. Disc. priv., sez. civile, Torino, 1998, vol. III, p. 281 ss.; R. LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, cit., p. 93; L. MARTONE, *Condizione risolutiva d'inadempimento*; in generale sulla condizione *ex multis* cfr. V. SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 14 ss.

¹⁸⁶ Cfr. A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in riv. dir. civ., 2017. Di diverso orientamento sembra essere A. DOLMETTA, *La ricerca del marciano utile*, cit. p. 818, secondo cui "la costituzione della garanzia dominicale, se destina il bene in garanzia al soddisfacimento del creditore, non lo fa diventare canale necessario, e per la verità neppure primario, del soddisfacimento medesimo, [... in altri termini ...] lascia inalterati i termini del rapporto garantito, non incidendo né sul potere del creditore di eseguire la prestazione garantita [...]".

È, dunque, possibile stipulare un patto marciano sia in riferimento ai contratti di finanziamento sottoscritti dopo l'entrata in vigore del c.d. Decreto Banche sia, attraverso apposite modifiche, in riferimento a quelli già esistenti a tale data.¹⁸⁷

Dal punto di vista formale, il patto marciano deve in ogni caso rivestire la forma dell'atto notarile poiché oggetto di trascrizione ai sensi dell'art. 48 *bis*, comma primo, T.u.b.

Ai fini della validità del patto, tuttavia, tale requisito sembra essere insufficiente in considerazione della sua natura giuridica. Qualora il patto si riferisca a un bene immobile, infatti, affinché -in caso di inadempimento- possa costituire un titolo valido per il trasferimento,

¹⁸⁷ Occorre chiedersi se i contratti di finanziamento sottoscritti in seguito all'entrata in vigore del Decreto Banche possano essere garantiti, cumulativamente, da una ipoteca e dal trasferimento condizionato ex art. 48-*bis* T.u.b. in relazione al medesimo immobile. Sul punto, l'unica indicazione proveniente dal legislatore è data dall'art. 48 *bis*, comma quarto, T.u.b., secondo cui *“qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria”*. Anche a voler ammettere che tale previsione si riferisca soltanto ai contratti di finanziamento già in essere alla data di entrata in vigore del Decreto Banche, per i quali è ammessa la possibilità che siano garantiti da un patto marciano mediante apposite modifiche, non vi sarebbe motivo per cui il legislatore avrebbe voluto prevedere una diversità di regime tra i contratti già esistenti e quelli futuri. Inoltre, da un punto di vista giuridico la cumulabilità tra ipoteca e patto marciano sembra potersi ammettere, anche avuto riguardo alla diversità dei presupposti per l'escutibilità dell'ipoteca e per l'efficacia del trasferimento condizionato ex art. 48 *bis* T.u.b.: mentre la prima è escutibile al ricorrere di un evento convenzionalmente stabilito tra le parti -che può ravvisarsi in un'ipotesi di mancato pagamento da parte del debitore, nell'accelerazione del finanziamento, nel recesso, nella risoluzione ovvero qualsiasi altro evento di default dedotto nel contratto di finanziamento-, perché il creditore possa avvalersi degli effetti del patto marciano deve ricorrere un'ipotesi di inadempimento “qualificato”.. Ne discende, quindi, la possibilità per il creditore di soddisfarsi sul bene ipotecato in un momento anteriore rispetto alla data in cui diverrebbe efficace il trasferimento posto in essere con il patto marciano. Peraltro, non si può escludere che -qualora nelle more della procedura esecutiva avente ad oggetto la vendita forzata del bene ipotecato si dovesse avverare la condizione per l'efficacia del trasferimento condizionato ex art. 48 *bis* T.u.b.- il creditore possa decidere di avvalersi degli effetti del patto, anche alla luce di quanto previsto all'art. 48 *bis*, comma decimo, T.u.b.

deve osservare tutti i requisiti di forma richiesti ai fini della validità di un atto di compravendita immobiliare. Oltre alla forma notarile, dunque, dovranno essere prestate le dichiarazioni di conformità catastale ed urbanistica, nonché le informazioni e la documentazione in ordine alla attestazione della prestazione energetica degli edifici di cui al d.lgs. n. 192/2005.

Sulla falsariga degli obblighi già previsti nei rapporti di finanziamento in tema di garanzie, potrebbe inserirsi nel contratto di finanziamento l'impegno, da parte del debitore, a sottoscrivere in un secondo momento, dietro richiesta del creditore, il patto di cui all'art. 48 *bis* T.u.b. con il rischio, però, che tra la data di sottoscrizione del contratto di finanziamento e la stipula del patto marciano, l'immobile sia fatto oggetto di iscrizioni pregiudizievoli da parte di terzi creditori che, pertanto, avrebbero priorità rispetto alla successiva trascrizione del patto. Tale rischio, tuttavia, può essere scongiurato mediante l'iscrizione di una ipoteca sull'immobile contestualmente alla stipula del contratto di finanziamento, stante la previsione di cui all'art. 48-*bis*, comma quarto, T.u.b. secondo cui *“qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria”*.

Nel caso di finanziamento già garantito da un'ipoteca¹⁸⁸, quindi, la successiva trascrizione del patto marciano ha efficacia retroattiva fino

¹⁸⁸ G. ORLANDO, *Alienazione attuativa della garanzia del finanziamento ex art. 48 bis T.U.B. e ipoteca*, in Giur. it., 2017, p. 1732.

alla data di iscrizione dell'ipoteca. Di conseguenza, al creditore non sarebbero opponibili le iscrizioni e le trascrizioni eseguite sull'immobile *medio tempore* tra la data di iscrizione dell'ipoteca e la successiva trascrizione del patto marciano.

1.4 L'inadempimento qualificato nell'art. 48 *bis* T.u.b.

In considerazione delle conseguenze derivanti dall'inadempimento, il legislatore ha ritenuto opportuno -come per il contratto di credito immobiliare ai consumatori e non diversamente dalla disciplina del mutuo fondiario di cui all'art. 40, comma secondo, T.u.b.- prevedere un inadempimento qualificato, ai fini dell'eseribilità del meccanismo marciano.

Il comma quinto dell'art. 48 *bis* T.u.b., precisa che l'inadempimento rilevante affinché il creditore sia legittimato ad avvalersi della clausola marciana è identificabile con il mancato pagamento protratto per oltre nove mesi; dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; dalla scadenza anche di una sola rata, nel caso di piano di rimborso secondo rate aventi una scadenza superiore al periodo mensile; dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento, qualora non sia prevista la restituzione rateale del finanziamento.

La terza ipotesi sembra suscettibile di diverse interpretazioni. In particolare, in relazione ai finanziamenti da rimborsare in un'unica soluzione -c.d. *bullet*-, la formulazione normativa "*rimborso previsto nel*

contratto” si presta, in astratto, a due differenti interpretazioni: ad una interpretazione restrittiva, per cui andrebbe riferita esclusivamente alla data di rimborso fisiologica, cioè la data di scadenza finale, ovvero ad un’interpretazione estensiva, se al suo interno possano farsi rientrare tutte quelle ulteriori ipotesi in cui il debitore sia tenuto a rimborsare il finanziamento, entro un determinato termine, anticipatamente rispetto alla data di rimborso finale.

Il riferimento è, in particolare, alle ipotesi di decadenza dal beneficio del termine ai sensi dell’art. 1186 c.c. che, comunemente, conseguono a inadempimenti di varia natura da parte del debitore¹⁸⁹

¹⁸⁹ Nel senso di una configurazione della fattispecie in termini di autotutela cfr. M. IMBRENDA, *Debiti pecuniari e nuovi paradigmi tra crisi, emergenze, flessibilità*, in *Comparative law in times of emergencies*, 2022, p. 211 ss.

-come la violazione di *representations and warranties*¹⁹⁰, violazione di *covenant*,¹⁹¹ *cross-default*¹⁹²-.

Invero, argomentazioni di tipo logico farebbero propendere per la prima delle due interpretazioni suggerite. Diversamente, infatti, verrebbe a crearsi una diversità di disciplina tra i contratti di finanziamento a rimborso rateale e quelli con rimborso in un'unica soluzione, evidentemente più favorevole per i creditori dei contratti della seconda categoria.

Una terza opzione, che tuttavia sembra discostarsi eccessivamente dal dettato legislativo, sarebbe quella di applicare la terza ipotesi anche ai contratti con piano di rimborso rateale qualora l'inadempimento non

¹⁹⁰ Negli ordinamenti giuridici di *common law*, in assenza di precise disposizioni codicistiche, ogni rapporto contrattuale si fonda, esplicitamente o implicitamente, su delle *representations and warranties*, cioè su delle presupposizioni che costituiscono i fatti e gli assunti sottostanti all'accordo, così come riportati in contratto. Molti contratti di provenienza anglosassone richiamano i due termini in un'apposita clausola. Ciascun contratto avrà causa e oggetto diversi ma, alla sua base, le *representations and warranties* saranno le rassicurazioni di fatto e di diritto che una parte contrattuale darà all'altra in modo che quest'ultima possa farvi affidamento. Nell'ordinamento giuridico italiano, la clausola di *representations and warranties* è diffusa particolarmente negli accordi che regolano le operazioni societarie straordinarie, come la compravendita di azioni, scissioni, fusioni.

¹⁹¹ In finanza, con il termine *covenant* si indica un accordo che intercorre tra un'impresa e i suoi finanziatori, che mira a tutelare questi ultimi dai possibili danni derivanti da una gestione eccessivamente rischiosa dei finanziamenti concessi. L'accordo prevede clausole vincolanti per l'impresa, pena il ritiro dei finanziamenti o la loro rinegoziazione a condizioni meno favorevoli. Dal punto di vista del finanziatore, il *covenant*, serve a ridurre il proprio rischio di credito, cioè ridurre l'esposizione patrimoniale all'insolvenza del prestatore di fondi. Nei *covenant* di natura patrimoniale, le clausole mirano a contenere l'utilizzo della leva finanziaria da parte dell'impresa, prevedendo l'obbligo del mantenimento del rapporto tra debito netto e capitalizzazione di bilancio -somma di debito e patrimonio netto- al di sotto di una determinata soglia. Altri *covenant* mettono invece in relazione il livello del debito con la redditività dell'azienda.

¹⁹² E' una clausola utilizzata nei contratti di finanziamento, agli effetti della quale eventi di credito, come ad esempio il mancato pagamento di interessi e il rimborso del capitale, di un altro titolo obbligazionario emesso dalla stessa emittente, causa l'inadempimento di tutti i titoli di debito emessi dall'emittente.

riguardi il mancato pagamento di una o almeno tre rate, bensì un'ipotesi di rimborso anticipato dovuta ad un diverso inadempimento del debitore e che non sia, quindi, qualificabile come mancato pagamento di una ovvero più rate del piano di rimborso.

Infine, qualora alla data di scadenza della prima delle rate non pagate, anche non mensili, il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in una percentuale pari, almeno, all'85% della quota capitale, il periodo di inadempimento è elevato da nove a dodici mesi.

Al ricorrere dell'inadempimento rilevante, il creditore è tenuto a notificare al debitore, all'eventuale terzo datore di garanzia, nonché a coloro che vantano un diritto sull'immobile in forza di un titolo debitamente trascritto o iscritto nei pubblici registri, una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto con l'indicazione dell'ammontare del credito per cui si procede.

Decorsi sessanta giorni dalla notificazione,¹⁹³ il presidente del tribunale del luogo nel quale si trova l'immobile, su richiesta del creditore, nomina il perito responsabile della stima del bene il quale, entro sessanta giorni, comunica la relazione giurata di stima al creditore e ai soggetti sopra indicati, i quali hanno a disposizione un termine di dieci

¹⁹³ La norma non chiarisce se il *dies a quo* per la decorrenza di tale termine corrisponda con l'invio oppure con la ricezione della notifica da parte di tutti i destinatari. In quest'ultimo caso, in presenza di una pluralità di soggetti che vantano diritti sull'immobile, le tempistiche del procedimento potrebbero dilatarsi.

giorni entro il quale inviare note al perito.¹⁹⁴ Il debitore, dal canto suo, ha la possibilità di contestare la stima effettuata dal perito. In tal caso, però, il procedimento non è sospeso, incidendo la fondatezza della pretesa soltanto sulla differenza da versare al debitore, ai sensi del settimo comma dell'art. 48 *bis* T.u.b.

A questo punto, ai fini dell'avveramento della condizione sospensiva occorre tenere distinte le seguenti ipotesi. Qualora il valore del bene, così come risultante dalla stima dell'esperto, sia inferiore all'ammontare del debito, la condizione sospensiva si intende avverata al momento in cui il creditore riceve la comunicazione da parte dell'esperto. Nel caso opposto, in cui il valore dell'immobile è superiore a quello del debito, l'avveramento della condizione si ha con il pagamento da parte del creditore della differenza tra il valore di stima e l'ammontare del debito e delle spese relative al trasferimento.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, occorre valutare se con il trasferimento di un diritto reale di valore inferiore al credito garantito il debitore debba continuare a ritenersi obbligato con riferimento alla porzione di credito non soddisfatta oppure se possa operare l'esdebitazione.

1.5. L'effetto esdebitativo in ipotesi di garanzia incapiente

¹⁹⁴ In tal caso il perito, entro i successivi dieci giorni, effettua una nuova comunicazione della relazione rendendo gli eventuali chiarimenti.

Questione controversa, infatti, ha riguardato l'operatività dell'effetto esdebitativo in favore dell'impresa finanziata, nell'ipotesi in cui il valore del bene sia inferiore all'ammontare del debito residuo.

Invero, nella pratica, la questione dovrebbe porsi con rara frequenza. Anzitutto, perché il patto marciano pone, più frequentemente, il problema opposto, cioè quello della sproporzione in eccesso del valore del bene in garanzia rispetto all'ammontare del debito residuo. Ma soprattutto perché il comma secondo dell'art. 48 *bis* attribuisce al creditore lo *jus eligendi* fra l'attuazione del patto di garanzia e l'utilizzo dei rimedi ordinari e, poiché non è escluso il cumulo tra ipoteca e alienazione marciaria dello stesso cespite ipotecato, risulta poco probabile che il creditore professionale –cui la garanzia dovrebbe essere riservata ai sensi del comma primo– non sappia premunirsi, nella misura e nelle forme adeguate, contro l'eventualità di dover attuare il marciario con garanzia incapiente.

Tuttavia, siccome i valori immobiliari possono subire oscillazioni notevoli nel tempo e il creditore deve decidere se avvalersi della clausola marciaria quando ancora non conosce il valore di stima del bene offerto in garanzia, non si può escludere che la garanzia immobiliare costituita ai sensi del comma primo dell'art. 48 *bis* T.u.b., pur inizialmente sufficiente, possa nel tempo ridurre il proprio valore ad un livello inferiore all'ammontare del debito garantito e che il creditore si trovi nella situazione di dover attuare il trasferimento marciario in condizioni di garanzia incapiente.

Pertanto, la dottrina si è interrogata in ordine alla configurabilità di un effetto esdebitativo in favore del debitore nell'ipotesi di estinzione solo parziale del debito.

L'art. 120-*quinquiesdecies*, comma terzo T.u.b., precisa espressamente che il trasferimento alla banca dell'immobile oggetto del patto marciano comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore finanziato anche se il valore del bene trasferito alla banca o l'ammontare dei proventi ricavati dalla sua vendita risultino inferiori al debito residuo. Giova rilevare, inoltre, che la legge 2 dicembre 2005 n. 248, all'art. 11 *quaterdecies*, comma 12-*quater*, nel regolare il prestito vitalizio ipotecario, prevede che l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, e cioè che, eseguita la vendita dell'immobile gravato da ipoteca, il debito si estingue per intero anche quando il ricavato della stessa sia inferiore all'importo del debito.

Poiché la disciplina di cui all'art. 48-*bis* T.u.b. non detta una norma gemella di quelle enunciate, si è posto il problema di stabilire se il suddetto effetto *esdebitativo* a favore del finanziato si verifichi anche nell'ipotesi del patto marciano collegato ad un finanziamento regolato dall'art. 48-*bis* T.u.b.

La risposta che viene data dai singoli autori è tendenzialmente di segno positivo¹⁹⁵. Alcuni ritengono operativo tale effetto anche nell'ipotesi regolata dall'art. 48-bis T.u.b.¹⁹⁶, secondo altri l'art. 120-*quinqüiesdecies* è applicabile analogicamente anche al patto marciano collegato ad un finanziamento alle imprese, ma deve riconoscersi alle parti il potere di apporre una clausola in senso contrario, che escluda cioè l'effetto *esdebitativo*¹⁹⁷.

¹⁹⁵ In senso favorevole alla esdebitazione, v. N. CIPRIANI, *Il patto marciano*, cit., 1730 (v. pure ID., *Appunti sul patto marciano*, cit., 1005, 1006 nota 33, 1015) S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744*, cit., 951, e adesivamente, anche in ordine alle principali argomentazioni, A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corriere giur.*, 2016, 1481. Nello stesso senso, L. D'ORAZIO, *Le garanzie: pegno non possessorio e patto marciano*, in *Nuovo dir. società*, 2017, 405, il quale rileva che potrebbe aprirsi una questione di costituzionalità, per violazione dell'art. 3 cost., ove si seguisse una soluzione «in contrasto con quanto espressamente previsto per i consumatori» (*ibidem*, 413). Sempre in senso favorevole alla esdebitazione, ma come conseguenza dell'attribuzione al patto marciano della «natura di strumento di esecuzione privata del vincolo di responsabilità contrattuale», privo perciò di *causa solutionis* perché finalizzato ad estinguere la posizione debitoria in conseguenza dell'inadempimento, v. F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto*, cit., 197 ss. Incertezze in G. LIACE, *Il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*, in *Banca Impresa Società*, 2017, 246; L. VIZZONI, *Spunti in tema di qualificazione dei contraenti*, cit., p. 450 nota 20.

¹⁹⁶ Cfr. A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1477 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il pasticcio di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *i nuovi marciali*, Torino, 2017, p. 56 ss.

¹⁹⁷ Cfr. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marciali*, Torino, 2017, p. 17 ss.

Tuttavia, ad avviso di qualche autore¹⁹⁸ sussisterebbero serie difficoltà ad applicare analogicamente al patto marciano di cui all'art. 48-bis T.u.b. la norma che prevede l'effetto esdebitativo di cui all'art. 120 *quinqüesdecies* T.u.b.

Innanzitutto, tali autori affermano che l'effetto esdebitativo costituisce una conseguenza non coerente con la causa del patto marciano, atteso che la causa autosatisfattiva, che contraddistinguerebbe tale convenzione, comporta il permanere del diritto del creditore ad essere soddisfatto integralmente. Inoltre, l'effetto esdebitativo ha natura di una limitazione della responsabilità patrimoniale del finanziato¹⁹⁹, limitazione che, in base alla previsione generale di cui all'art. 2740, comma secondo, c.c., deve considerarsi eccezionale e, in quanto tale, di stretta interpretazione.

¹⁹⁸ In senso contrario alla esdebitazione v. A. LUMINOSO; S. AMBROSINI, La rafforzata tutela, cit., 11 ss.; N. BERNARDI, Il nuovo patto marciano, in St. iuris, 2017, 558 s.; M. SARACENO, Interferenze fra la garanzia ipotecaria e l'alienazione in garanzia nella disciplina dell'art. 48 bis T.U.B., in <http://www.notaract.com>, che sembra dare come scontata l'inapplicabilità dell'istituto della esdebitazione alla fattispecie dell'art. 48-bis; M. LEO, D.l. 59/2016: la cessione dei beni in garanzia nel contratto di finanziamento fra banche e imprenditori (nuovo art. 48 bis TUB), in Notiziario CNN (2 giugno 2016), 6; G.A.M. TRIMARCHI, Appunti, cit., 125, 142; C. CROCI, Il nuovo finanziamento, cit., 1456; M. TATARANO, L'art. 48 bis, t.u. l. banc., in R. LENZI e M. TATARANO, Recenti riforme, cit., 35; D. CRIVELLARI, Il Decreto Banche ai sensi del d.l. 59/2016 convertito in l. 119/2016, in AA.VV., Patto marciano o patto "marziano", Alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia, 78 s. (in <http://www.osservatoriot6.com>), il quale tuttavia lamenta la mancata previsione dell'esdebitazione; F. AMICI, Nuovi profili di estinzione del debito mediante trasferimenti solutori, in www.giustiziacivile.com, 5 ss. e 26 nota 51; A.A. DOLMETTA, La ricerca, cit., 816; A. LUMINOSO, Patto marciano e sottotipi, in Riv. dir. civ., 2017, 1412; L. FOLLIERI, Il patto marciano, cit., 1867; D. MARI, Il patto marciano, cit., 1120 s.; M. NATALE, Recenti tentativi di tipizzazione del patto marciano, in Riv. dir. banc., dirittobancario.it, 24, 2018, 16 ss.

¹⁹⁹ Per l'identificazione nell'effetto esdebitativo previsto dall'art. 120 *quinqüesdecies*, comma terzo, T.U.B. di una limitazione della responsabilità patrimoniale, cfr. F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, p. 177, 199 ss.

Nell'assenza di una deroga legislativa espressa all'art. 2740 comma secondo c.c., si dovrebbe, infatti, applicare la regola generale secondo la quale il diritto di credito, nella misura in cui risulti insoddisfatto, permane pur dopo l'escussione della garanzia specifica.

E' verosimile che tale effetto sia stato previsto dal legislatore in materia bancaria nel settore del credito a favore dei consumatori²⁰⁰, quale specifico beneficio riservato a tale categoria di clienti, come potrebbe confermare anche la disciplina sul prestito vitalizio ipotecario. Motivo per il quale non sembra sussistere nemmeno una giustificazione sostanziale per la sua estensione ai contratti bancari alle imprese, e ancor meno al patto marciano di diritto comune.

Ulteriore conseguenza, a mente di questa impostazione, sarebbe che la disciplina dettata dall'art. 48-*bis* T.u.b. è da qualificarsi come di natura speciale e cogente, tale cioè da escludere la validità, nell'ambito del finanziamento bancario alle imprese, di convenzioni marciane prive dei requisiti in essa indicati.

Tuttavia, a tali impostazioni, l'orientamento favorevole alla configurabilità dell'effetto esdebitativo, ha articolato una serie di obiezioni radicate su una serie di argomenti: a) l'anomalia di una *datio in solutum* soltanto parziale o di un trasferimento *in facultate solutionis* che non sia anche estintivo dell'obbligazione; (b) il carattere formalistico dell'argomento *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, introdotto attraverso

²⁰⁰ Cfr. LENZI-TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Studi e materiali*, 2017, 1-2.

il confronto fra l'art. 120-*quinquiesdecies* -ove l'estinzione dell'obbligazione garantita con il patto marciano è stabilita espressamente-, e il patto di garanzia dell'art. 48-*bis*, che invece, in proposito, tace e, quindi, dovrebbe legittimare la conclusione negativa riguardo all'ammissibilità dell'esdebitazione; (c) il fatto che la liberazione del debitore con una prestazione alternativa inferiore al valore del debito costituisca sì per lui un arricchimento ma «*pur sempre deducibile in realtà da uno jus eligendi compiuto a monte dal creditore*»; (d) l'esigenza di realizzare le finalità del nuovo istituto, che sono anche quelle di «di abbattere il contenzioso dell'esecuzione forzata» e di offrire all'imprenditore uno strumento che possa facilitarne gli investimenti, finalità che sarebbero in contrasto o comunque non incentivate dalla mancata esdebitazione; (e) l'obiettivo di fornire, nell'applicazione degli artt. 48 *bis* e 120 *quinquiesdecies*, un senso omogeneo al principio della par condicio creditorum e, quindi, di tutelare, in entrambi i casi allo stesso modo, la posizione dei terzi creditori di fronte al creditore che, avvalso del patto marciano, faccia poi valere, per la parte di credito rimasta insoddisfatta, la garanzia generica sui beni residui del debitore, considerato che questi beni costituiscono «*i soli cespiti su cui gli altri creditori, chirografari o con un titolo di prelazione postergato, possano pensare di soddisfarsi ... non in concorso col primo, già avvalso di un diverso adempimento*».

L'argomento che sembra possedere una maggiore forza argomentativa è quello relativo alla superiore coerenza della soluzione che deduce l'effetto di esdebitazione dall'esercizio di uno *jus eligendi* da parte

del creditore. Sviluppando più dettagliatamente lo spunto, si potrebbe sostenere che la possibilità della scelta data al creditore implichi, come lineare conseguenza, l'attribuzione del rischio relativo alla insufficiente copertura del credito. È certamente coerente, infatti, che gli effetti di una scelta vengano imputati a chi compie la scelta stessa²⁰¹.

Ciò non toglie che le parti possano inserire clausole integrative o modificative della disciplina legale, purché compatibili con i tratti caratterizzanti della fattispecie²⁰².

1.6 Differenze con la clausola marciana di cui all'art. 120 *quinqüiesdecies* T.u.b.

Il patto marciano delineato dalla normativa sul credito immobiliare ai consumatori ricalca il modello del patto marciano nei contratti di finanziamento alle imprese, di cui all'art. 48 *bis* T.u.b., con tre differenze di fondo.

Innanzitutto, con riguardo all'oggetto della garanzia, il contratto di cui all'art. 120 *quinqüiesdecies* -in analogia con il prestito vitalizio ipotecario e con il patto marciano che accede al pegno mobiliare non possessorio- verte su un bene oggetto di garanzia, ed è, quindi, un patto

²⁰¹ «L'idea per cui chi sceglie subisce l'effetto della scelta ... appartiene ... al modo di pensare universale», testualmente R. SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, Digesto – Disc. priv., Torino, 2012, § 6.

²⁰² N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2017.

accessorio ad un contratto di finanziamento. Al contrario, il marciano di cui all'art. 48 *bis* T.u.b. si può presentare anche come patto autonomo.²⁰³

Da tale eterogeneità, consegue che solo nel patto marciano di cui all'art. 120 *quinqüiesdecies* T.u.b. è attribuita al creditore l'alternativa tra acquistare la titolarità del bene oggetto di garanzia o venderlo e trattenere il prezzo fino alla concorrenza del debito residuo.

Al contrario, nella disciplina del patto marciano di cui all'art. 48 *bis* T.u.b. è assegnata al creditore solo la prima possibilità.

Quanto agli effetti, la disciplina del patto marciano apposto ai contratti di credito immobiliare ai consumatori prevede espressamente l'effetto estintivo del debito connesso al ricorso al patto, mentre manca una espressa previsione in tal senso nell'art. 48 *bis*. Per cui a una risposta affermativa si può pervenire solo a seguito di un'interpretazione sistematica.

Infine, ulteriore tratto differenziale, in punto di disciplina, riguarda le modalità di stima del valore del bene oggetto di garanzia.

L'art. 48 *bis*, comma sesto, T.u.b., prevede che sia il Presidente del tribunale, su istanza del creditore, a nominare il perito incaricato della stima del bene in garanzia.

²⁰³ Cfr sul punto N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, luglio 2017, p. 1729; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, in *I nuovi marcioniani*, Torino, 2017, p. 191.

Viceversa, l'art. 120 *quinquiesdecies* T.u.b. prevede che siano le parti a nominare di comune accordo un perito e, solo in caso di disaccordo, adire il tribunale per la nomina.

2. Il pegno mobiliare non possessorio

Il *primato del credito*²⁰⁴ e il rafforzamento della preminenza dell'interesse del creditore bancario²⁰⁵ è una linea evolutiva di fondo del sistema evidenziatasi nell'ultimo secolo che, nel campo delle garanzie sui beni d'impresa, si riflette, tra l'altro, nella proposta, da parte degli enti sovranazionali²⁰⁶, del modello di garanzia non possessoria attuato dall'art.

²⁰⁴ P. SCHLESINGER, *Il primato del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 825.

²⁰⁵ A.o.u.c., p. 826, secondo cui “*l'industria del credito [...] a sua volta rivendica un primato rispetto a tutte le altre attività imprenditoriali: sia nel senso [...] di rappresentare un fattore cui nessun'altra impresa può evitare di far ricorso, sia nel senso, più sottile, che proprio al banchiere compete una funzione di 'monitoraggio' di tutte le altre imprese, in quanto ne valuta, con professionalità ed apposita struttura e disponendo per ciascuna di esse delle informazioni più riservate, il 'merito di credito', cosicché ne segnala implicitamente al mercato il grado di affidabilità ed efficienza*”. Su tale aspetto cfr. anche U. VIOLANTE, *Profili giuridici del mercato dei crediti in sofferenza*, Bari, 2012, p. 28 s. Quanto al cambio di paradigma, per cui, attraverso la finanziarizzazione, il debito da eccezione diventa regola, cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003; ID, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 1s.s.; ID, *Geo-diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 34 s.; L. NIVARRA, *Dalla 'crisi' all' 'ellissi': ovvero da un paradigma all'altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 801 s.s.; S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Napoli, 2015, p. 337 s.s.; C. CAMARDI, *Diritto della crisi e diritto privato patrimoniale*, in *O.D.C.C.*, 2017, p. 341 s., il quale osserva che la categoria del discorso dell'economia del debito, in luogo della locuzione ‘*diritto della crisi*’, non è una semplice variante terminologica, ma l'assunzione di un altro punto di vista. Converte in questa direzione anche A.A.V.V., *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, a cura di G. Alpa e E. Navarretta, Torino, 2015; P. SAPA, M. COSSU, *Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente. Divagazione del giurista sul mercato finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 401s.s.. L'espressione ‘*economia del debito*’ è mutuata da M. LAZZARATO, *La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista*, Roma, 2013, p. 42. Al riguardo, è stata prospettata una discussione in ordine alla capacità delle dinamiche economiche di incidere sull'identità dell'uomo. In proposito, v. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Corso al College de France (1978-1979), trad. it., M. Bertani e V. Zini, Milano, 2005.

²⁰⁶ Tra cui, in particolare, Uncitral e Banca Mondiale.

9 dell' *Uniform Commercial Code* come soluzione massimamente efficiente²⁰⁷.

Ponendosi nel solco di questa tendenza evolutiva, il legislatore domestico, con l'art. 1 del d.l. 3 maggio 2016 n. 59, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma primo, della legge 30 giugno 2016, n. 119, ha introdotto una nuova figura di pegno per i crediti d'impresa, denominata "*pegno mobiliare non possessorio*"²⁰⁸.

In particolare, ai sensi del comma primo dell'art. 1 "*Gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese possono costituire un pegno non possessorio per garantire i crediti, presenti o futuri, se determinati o*

²⁰⁷ Sull'importanza delle dottrine neoliberiste in ordine alla circolazione dei modelli cfr. A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019; E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di Economia e Finanza* a cura della Banca d'Italia, 2016; A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000.

²⁰⁸ Il pegno mobiliare non possessorio è una fattispecie nata nella prassi e confermata, poi, dalla giurisprudenza. I tratti caratteristici della figura erano rinvenibili già precedentemente all'intervento normativo nell'istituto del pegno c.d. rotativo. Quest'ultimo è un pegno codicistico cui accede una clausola c.d. «di rotatività», che consente la sostituzione dell'oggetto della garanzia senza effetti novativi del rapporto. Per una lettura approfondita sul pegno mobiliare non possessorio cfr. N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 5, p. 995; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 1, 241 ss.; E. GABRIELLI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1715 ss. In ordine ai rapporti tra pegno non possessorio e cautela marciana cfr. le interessanti riflessioni di G. B. BARILLA', *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Riv. giur. comm.*, 2017, 4, p. 583-606; più in generale sul tema cfr. anche M. TATARANO, in R. Lenzi e M. Tatarano, *Recenti riforme in tema di garanzie bancarie del credito*, Studio del C.N.N., 2017, in *notariato.it.*; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. «Pegno», ma non troppo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 3, p. 3 ss.; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, 1, p. 12; G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO e T. RUMI, *I nuovi marciani*, Torino, 2017; M. ZANOTELLI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio "a tutto campo"*, in *Guida normativa de Il sole 24 Ore*, luglio 2016, p. 11 ss.

determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito, inerenti all'esercizio dell'impresa".

Con riguardo all'ambito oggettivo di operatività, la figura serve a garantire crediti presenti o futuri, determinati o determinabili, ed è costituito su beni mobili anche immateriali destinati all'esercizio dell'impresa ovvero su crediti derivanti da o inerenti a tale esercizio, con la previsione di un importo massimo garantito.

Dal punto di vista strutturale, il contratto costitutivo di pegno non ha natura reale, perché prescinde dalla *datio rei*, ma soggiace a un vincolo di forma scritta *ad substantiam*.

Infatti, lo spossessamento richiesto dal codice civile, con funzione pubblicitaria nei confronti dei terzi²⁰⁹, è sostituito dall'iscrizione nel registro dei pegni non possessori istituito presso l'Agenzia delle entrate. Il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi dalla data di iscrizione nel pubblico registro.

Il pegno non possessorio è un pegno di valore: oggetto della garanzia possono essere beni mobili non solo esistenti, ma anche futuri, anche solo determinabili mediante riferimento a un valore complessivo.

A conferma che l'oggetto della garanzia non è il bene in sé, ma il valore che rappresenta, l'art. 1, comma secondo, del d.l. n. 59/2016, consente al debitore, se non diversamente previsto dal contratto, di disporre del bene oggetto di pegno.

²⁰⁹ Cfr. E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015.

La costituzione della garanzia, salvo patto contrario, non limita quindi il potere del debitore di disporre della cosa oggetto di pegno: il creditore è tutelato attraverso il meccanismo normativo che prevede il trasferimento della garanzia sul corrispettivo dell'alienazione del bene oggetto di pegno o sul bene sostitutivo acquistato dal debitore con quel corrispettivo. Il trasferimento del pegno avviene *ex tunc*, senza costituzione di una nuova garanzia: il pegno sul bene sostitutivo prende grado ed è opponibile ai terzi dalla data di iscrizione nel pubblico registro del pegno sul bene sostituito. Il pegno non possessorio può, pertanto, assumere carattere rotativo.

2.1. L'escussione del pegno non possessorio

La normativa di settore in argomento attribuisce al finanziatore la facoltà di procedere *ex lege*, in caso di inadempimento, alla vendita dei beni vincolati, trattenendo il corrispettivo fino alla concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di restituire l'eccedenza al datore della garanzia, oppure, ove espressamente pattuito, di appropriarsi della *res* riconoscendo al dante causa un importo pari alla differenza tra il valore della stessa e l'obbligazione garantita.

Anche l'escussione del pegno non possessorio è regolata da norme derogatorie della disciplina codicistica. In caso di inadempimento del debitore, il creditore può soddisfarsi sul bene oggetto di garanzia attraverso: 1) la vendita del bene e la ritenzione del corrispettivo fino a concorrenza della somma garantita, con obbligo di restituzione dell'eccedenza, che evita l'arricchimento ingiustificato del creditore in

danno del debitore; 2) se l'oggetto del pegno è un credito, l'escussione del credito, sempre fino a concorrenza della somma garantita. 3) se prevista nel contratto, la locazione del bene con imputazione dei canoni a soddisfacimento del credito, a condizione che il contratto costitutivo di pegno preveda i criteri e le modalità di valutazione del corrispettivo della locazione, a tutela del debitore. 4) se previsto nel contratto, l'appropriazione del bene, fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda modalità e criteri di valutazione del bene, sempre a tutela del debitore.

2.2. Il rapporto con la clausola di rotatività

La nuova figura prevista dalla legge n. 119 del 2016, di conversione del d. l. n. 59 del 2016, pone in realtà la necessità di un coordinamento sia con il pegno irregolare, sia con quello regolare, al quale venga apposta la clausola di rotatività, ma il cui debitore non rientri nella categoria prevista dall'art. 1 della già citata legge 119, non sia cioè un imprenditore iscritto nel Registro delle imprese.

L'esigenza di sostituire l'oggetto della garanzia è sorta storicamente in relazione al caso in cui gli strumenti finanziari pignorati -solitamente titoli di Stato- venivano a scadenza, e ancora oggi la giurisprudenza ha testato positivamente patti di rotatività quasi esclusivamente modellati in relazione a tale esigenza²¹⁰. In tali casi è

²¹⁰ Cfr. App. Milano, 11 ottobre 1994, in Banca, borsa, tit. cred., 1996, II, 188 ss.; Trib. Verona, 17 febbraio 2000, in Fallimento, 2001, 341, con nota di Dabormida, Validità del patto di rotatività in sede di revocatoria fallimentare; Trib. Palermo, 3 ottobre 2000, in Dir. fall., 2002, II, 768, con nota di Azzaro, Il pegno «rotativo» e la sua tipicità giurisprudenziale; App. Milano, 4 luglio 2001, in Banca, borsa, tit. cred., con nota di Lovisatti, (nt. 2); Cass., 11 novembre 2003, n. 16914, in Fallimento, 2004,

previsto che i nuovi strumenti finanziari vengano acquistati con il controvalore di quelli scaduti senza che una tale azione comporti la rinnovazione del pegno originariamente costituito.

Invero, il patto di rotatività può rispondere anche all'interesse del debitore di disporre in altro modo degli strumenti finanziari che formano in ogni momento l'oggetto della garanzia.²¹¹ L'esigenza di continuità della garanzia e la conseguente soluzione contrattuale -ossia la previsione di un patto di rotatività opponibile ai terzi-, si riscontra non solo nel pegno regolare, ma anche nel pegno irregolare con riferimento alla revocabilità del contratto costitutivo di pegno irregolare in caso di fallimento del debitore. Infatti, stante l'efficacia del patto di rotatività annesso al pegno irregolare, tale garanzia risulta revocabile solamente se l'atto di costituzione, e non quello di sostituzione, cade nel «periodo sospetto».

La giurisprudenza ha, in questo senso, avuto occasione di riconoscere la validità di un patto di rotatività annesso ad un pegno irregolare di strumenti finanziari²¹², fino a che lo stesso legislatore ha accolto il suddetto orientamento col d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170, il

1210, con nota di Panzani, *Il pegno rotativo tra dottrina e giurisprudenza*; in *Contr.*, 2004, 361, con nota di Scaccia; in *Corr. giur.*, 2004, 21, con nota di Carbone.

²¹¹ V. Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796, con nota di I. Rapisarda, *La Cassazione torna a occuparsi del c.d. pegno rotativo sui titoli di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 413 ss., in cui i giudici erano chiamati a decidere se la garanzia si estingua, qualora la banca, riscossi i BOT alla scadenza, abbia depositato il controvalore sul conto corrente del cliente e non già sul conto deposito in garanzia (intestato al beneficiario), quand'anche, dietro autorizzazione del cliente stesso, abbia poi acquistato i nuovi BTP e li abbia immessi in pegno nel suddetto deposito.

²¹² Cfr. App. Milano, 11 ottobre 1994, che ha riconosciuto come fosse stata validamente compiuta una sostituzione di titoli con scadenza anteriore al termine per l'adempimento dell'obbligazione garantita senza che ne conseguisse un effetto novativo sulla data di costituzione della garanzia iniziale. In dottrina v. E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Napoli, 1990, p. 184 s.

quale prevede espressamente, senza distinguere tra pegno regolare e irregolare, che *«agli effetti di cui all'art. 67 della legge fallimentare: [...] la prestazione della garanzia in conformità ad una clausola di sostituzione non comporta costituzione di una nuova garanzia e si considera effettuata alla data della prestazione della garanzia originaria»*²¹³.

Alla luce delle considerazioni sin qui avanzate, pare potersi affermare che il legislatore abbia introdotto un sottotipo di pegno non possessorio, che si aggiunge alla figura del pegno rotativo, del pegno fluttuante, del pegno di beni in lavorazione di cui alla l. n. 401 del 1985 e del pegno sui prodotti lattiero-caseari.²¹⁴

Prima di affrontare le novità di cui alla l. n. 119 del 2016, è opportuno richiamare alcuni risultati raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento al patto di rotatività annesso ad un pegno

²¹³ Art. 9, comma 2, lett. c). L'art. 1, comma 1º, lett. g), del d. lgs. n. 170 del 2004 definisce la «clausola di sostituzione» come «la clausola del contratto di garanzia finanziaria che prevede la possibilità di sostituire in tutto o in parte l'oggetto, nei limiti di valore dei beni originariamente costituiti in garanzia» (corsivo aggiunto). Una tale definizione risulta applicabile sia al pegno rotativo sia al pegno fluttuante, in quanto viene lasciato alle parti di stabilire se la sostituzione dei beni avvenga nei limiti del loro valore determinato al momento della sostituzione (pegno rotativo) o del loro valore originario (pegno fluttuante); infatti, le parole «originariamente costituiti» fanno lessicalmente riferimento ai beni e non al loro valore. Cfr. anche Loiacono-Calvi-Bertani, Il trasferimento in funzione di garanzia tra pegno irregolare, riporto e diritti di utilizzazione, suppl. al fascicolo 6/2005 di Banca, borsa, tit. cred., spec. 30 ss.

²¹⁴ Per quest'ultimo tipo di prodotti, l'art. 7, comma 2, della l. 122 del 2001 estendeva la possibilità di applicare il patto di rotatività di cui alla l. 401 del 1985, rimandando a successivi decreti del Ministro dell'Agricoltura la regolamentazione dell'apposito registro: in data 26 luglio 2016 il Ministro competente ha emanato l'apposito decreto. Si consideri Pagina 20 di 30 inoltre il Regolamento di attuazione della Banca d'Italia e della Consob del 22 febbraio 2008, che all'art. 38, rubricato «*Conti destinati a consentire la costituzione di vincoli sull'insieme degli strumenti finanziari in essi registrati*», dispone: «*per gli strumenti finanziari registrati in conto in sostituzione o integrazione di altri strumenti finanziari registrati nel medesimo conto, a parità di valore, la data di costituzione del vincolo è identica a quella degli strumenti finanziari sostituiti o integrati*»

regolare o irregolare, ed in particolare alla sua efficacia ed opponibilità ai terzi. A tale proposito sono stati enucleati due principi: il principio della c.d. «*neutralità del valore*» e il principio della «*specificità*».

In base al primo principio, la sostituzione avviene nella misura del loro controvalore determinato al momento della loro sostituzione e non al momento della loro iniziale consegna. Quindi, se il valore iniziale alla consegna di determinati strumenti finanziari è pari a 100, ma nel momento successivo in cui i suddetti strumenti vengono sostituiti -per scadenza o su richiesta del debitore, in base a quanto stabilito nel relativo patto di rotatività-, il loro valore è invece pari ad 80 oppure a 120, la sostituzione avviene con nuovi titoli per un valore di 80 o 120, rispettivamente, e non di 100. Nel caso della sostituzione per 80, l'eventuale accredito di ulteriori titoli per un valore pari a 20, in funzione della reintegrazione del valore iniziale di 100, costituirebbe un nuovo pegno ai sensi dell'art. 2743 c.c.²¹⁵ Diversamente, l'incremento a 120 del

²¹⁵ Il convincimento della costituzione di un nuovo pegno nelle ipotesi contemplate dall'art. 2743 è pacifico in dottrina. V. P. PERLINGIERI, *Commento all'art. 2743*, in *Codice civile annotato*, a cura del medesimo, Torino, Utet, 1980, p. 278 s.; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in Trattato Rescigno, 19, I, Torino, 1997, p. 556; M. RESCIGNO, *Le garanzie rotative convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in Banca, borsa, tit. cred., 2001, I, p. 7, il quale aggiunge, altresì, che «sotto il profilo dell'assetto degli interessi contrapposti coinvolti nella vicenda [...] si potrebbe rilevare che non solo l'aspetto del valore del bene oggetto della garanzia incide sull'estensione operativa della causa tipica di prelazione (pur sempre soggetta al limite dell'art. 2741 c.c.) ma anche la sua sostituzione, o i modi della sua sostituzione. Infatti, se unico limite della "rotatività" negoziale fosse la persistenza dell'assoggettamento al pegno di un complesso di beni di identico valore si aprirebbe la strada ad un possibile slittamento della "rotatività" del pegno in modo da utilizzare per il soddisfacimento del creditore sia i beni oggetto dell'originaria garanzia, sia quelli ulteriori, attratti per via della concessa "rotatività", ma non meramente sostitutivi dei primi; con il risultato concreto che la "rotatività" potrebbe trasformarsi non già nella possibilità di conservare, con carattere di continuità, un privilegio su beni dello stesso valore pur se mutevoli nel tempo, ma di godere di un prolungamento indefinito nel tempo di un privilegio, entro un certo limite di valore, su beni in realtà fra loro sommantesi e cristallizzati nella sua origine alla data della iniziale costituzione della garanzia mobiliare». Cfr. anche E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in*

valore degli strumenti finanziari originariamente pignorati non determina in capo al creditore l'obbligo di restituire una parte di titoli per 20.

In altre parole, nel pegno rotativo, così come già nel pegno non rotativo -regolare o irregolare-, il rischio di oscillazione di valore del bene posto in pegno ricade sul creditore. Proprio in virtù del rispetto di tale principio i creditori chirografari risultano indifferenti alla rotatività.

L'ulteriore condizione di validità del pegno rotativo, la specificità, consiste, invece, nella «necessità che il patto di rotatività specifichi le modalità, anche cronologiche, della sostituibilità dei beni oggetto della garanzia».

La configurazione di un pegno non possessorio appare evidentemente funzionale all'esigenza di superare la tradizionale immobilità dell'oggetto, vincolato stabilmente, nell'impianto codicistico, alla garanzia del credito.

Tale oggetto può invece ben rivestire un ruolo fondamentale sia all'interno del processo produttivo dell'impresa, sia sul mercato dei capitali²¹⁶: la stessa istanza che, già in passato, spinse prima i privati, poi il

Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca, Pubbl. n. 365 della Banca d'Italia, *Questioni di economia e finanza* (Occasional Papers), sett. 2016, p. 27.

²¹⁶ Cfr. E. GABRIELLI, *Del pegno*, in Bonilini, Chizzini, (a cura di), *Della tutela dei diritti. Artt 2643 - 2783 ter*, vol. II, in *Commentario Gabrielli*, Milano, 2015, p. 93. V. anche ID., *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 223. Sul punto v. anche P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, p. 3 s., il quale evidenzia come le garanzie sui beni del capitale circolante consentono al debitore di conservare il possesso dei beni vincolati e rendano possibile l'accesso al credito bancario anche a imprenditori che hanno investito gran parte delle proprie risorse nell'attività d'impresa, evitando che la rinuncia alla disponibilità del bene rallenti la gestione.

legislatore stesso, verso la previsione di pegni connotati da rotatività, a cui la figura in commento dimostra di ispirarsi.²¹⁷

3. Cenni alla cautela marciana nel *lease back*

Nel contesto di un sistema generale della responsabilità patrimoniale e delle garanzie del credito ispirato al principio di proporzionalità²¹⁸ che, secondo un'impostazione risalente ed autorevole, deve conformare il comportamento dei contraenti non solo nella fase genetica del rapporto, ma anche nella fase esecutiva e funzionale della fattispecie negoziale -ivi incluse le varie forme di garanzia che possono interferire con l'esecuzione del contratto-, l'applicazione del predetto criterio coinvolge una serie di questioni ermeneutiche sorte sul terreno dei contratti di impresa.

In particolare, il complesso dei precedenti giurisprudenziali e delle pratiche diffuse nella prassi commerciale, costituenti il tessuto

²¹⁷ Cfr. in proposito quanto espresso da G. B. BARILLA', *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, cit., p. 584, secondo cui "L'esigenza di sostituire l'oggetto della garanzia è sorta storicamente in relazione al caso in cui gli strumenti finanziari pignorati (solitamente titoli di Stato) venivano a scadenza, e ancora oggi la giurisprudenza ha testato positivamente patti di rotatività quasi esclusivamente modellati in relazione a tale esigenza".

²¹⁸ In merito al principio di proporzionalità si richiamano le posizioni di P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 172; M. IMBRENDA, *Il leasing finanziario. Trilateralità funzionale ed equilibrio del rapporto*, Napoli, 2006, pp. 104, 116 ss.; on riguardo alla portata applicativa del principio di proporzionalità nelle garanzie cfr. *funditus* N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 198 ss.; S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, p. 41 ss; più in generale sul tema F. CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale*, Napoli, 2001, p. 378 ss.; F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, p. 134 ss.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale*, Napoli, 2003, p. 233 ss.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, *passim*; B. MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 235 ss.; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, *passim*; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, Milano, 2020, p. 225 ss.; S. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1963, p. 424 ss.; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, p. 160 s.s.

connettivo in tema di contratto di *lease back*, rappresenta un punto di riflessione su una serie di questioni ermeneutiche che il predetto istituto ha introdotto nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale instauratosi in riferimento alla sua compatibilità con il divieto del patto commissorio e al ruolo svolto dal *correttivo marciano*.

In particolare, poiché il *lease back* consente di ottenere un finanziamento mediante la cessione di un bene, salva la facoltà di continuare a utilizzarlo e di ottenere la proprietà nell'ipotesi di integrale pagamento dei canoni, esercitando l'opzione di acquisto al termine del contratto, il dubbio principale ha riguardato la compatibilità con il divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Sulla scorta di vari argomenti, la dottrina ha pressoché unanimemente concluso per la liceità del *lease back*.²¹⁹

In primo luogo, si è affermato che, nella fattispecie, difetta l'esistenza di un precedente credito da garantire fra alienante-utilizzatore e acquirente-concedente, per cui la vendita non risulterebbe essere un contratto accessorio in funzione di garanzia, ma un presupposto affinché il bene possa essere concesso in *leasing*.²²⁰

²¹⁹ Vi è qualche isolata opinione dottrinale che propende per l'illiceità del *lease back*. In proposito cfr. N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, p. 216; G. FERRARINI, *La locazione finanziaria (Leasing)*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 11, *Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 1984, p. 17. Optano per la liceità nei soli casi in cui siano previsti nel contratto di *lease back* meccanismi che non consentono l'abuso del contraente debole G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008; F. VASSALLO PALEOLOGO, *I contratti di locazione finanziaria*, Padova, 1994, p. 274 s.s.

²²⁰ Cfr. M. LEO, *Il lease back approda in Cassazione*, c. 687, il quale rileva che “la legittimità del trasferimento eseguito dall'utilizzatore si radica sulla necessità -concreta e giuridica- da parte del finanziatore di dotarsi del bene da concedere in godimento”. In ordine ai profili applicativi e alla

In secondo luogo, è stata rilevata l'assenza di sottoposizione a condizione in quanto l'eventuale esercizio di diritto potestativo di acquisto accede al *leasing*, costituendo connotato caratteristico di tale contratto. Ciò risulterebbe confermato dalla circostanza che all'eventuale integrale pagamento dei canoni non segue la risoluzione del contratto di vendita, bensì l'esercizio del diritto di opzione da parte dell'utilizzatore con pagamento del prezzo. Al contrario, il mancato pagamento dei ratei da parte dell'utilizzatore non fa divenire proprietario il concedente, dal momento che lo è già in modo definitivo.

La giurisprudenza in merito al quesito circa la compatibilità del contratto di *lease back* con il divieto del patto commissorio è risultata maggiormente oscillante e sensibile ai cambiamenti che si sono succeduti in ordine alla *ratio* del divieto.

Fino al superamento della concezione che indicava il criterio discrezionale tra negozi leciti e negozi contrari al divieto solo nel momento cronologico di produzione dell'effetto traslativo del negozio, la validità del *lease back* era ammessa, poiché il passaggio della proprietà dell'alienante si produce immediatamente alla conclusione del contratto e non è subordinato all'inadempimento. Elemento, quest'ultimo, che, invece, avrebbe determinato un'attrazione della fattispecie nell'orbita del divieto di cui all'art. 2744 c.c.

disciplina del *leasing* cfr. l'analisi approfondita e dettagliata di M. IMBRENDA, *Il leasing*, in *Leasing e lease back*, a cura di M. Imbrenda e F. Carimini, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, IV, Napoli, 2008, p. 45 s.s.; ID, *Il leasing finanziario. Trilateralità funzionale ed equilibrio del rapporto*, Napoli, 2005.

Il successivo superamento della concezione della necessaria liceità della causa nei negozi tipici ha determinato un progressivo abbandono del predetto criterio discrezionale da parte della giurisprudenza. Infatti, la Corte di Cassazione²²¹, valorizzando il profilo teleologico dell'operazione posta in essere rispetto al dato strutturale, ha affermato l'applicabilità del divieto di patto commissorio a qualunque operazione economica diretta a realizzare lo scopo vietato, quale che fosse lo strumento negoziale in concreto impiegato.

L'approdo muove non solo dalla nuova concezione di causa, sulla scorta della valorizzazione della c.d. teoria della causa in concreto²²², ma anche per effetto della qualificazione dell'art. 2744 c.c. in termini di norma materiale e non formale.²²³

Avvalendosi di questa impostazione ermeneutica, le successive pronunce di merito²²⁴ hanno ritenuto che il contratto di *lease back* fosse in contrasto con l'art. 2744, poiché consistente in un contratto di mutuo

²²¹ Il riferimento è, in particolare, a Cass. civ., 3 giugno 1983, n. 3800, validata da Cass. civ., S.U. 3 aprile 1989, n. 1611, in *Nuova giur. commentata*, 1089, I, p. 348 ss., con cui i giudici della nomofilachia hanno rappresentato l'opportunità di abbandonare il criterio c.d. strutturale, in favore di un criterio c.d. funzionale, sulla scorta del quale il divieto del patto commissorio trova applicazione in riferimento a qualunque negozio connotato da una causa di garanzia. L'impostazione ermeneutica è tuttora in auge, cfr. *ex multis* Cass. civ. sez. II, 11 settembre 2017, n. 21042; Cass. civ., sez II, 17 giugno 2022, n. 19694.

²²² Sull'evoluzione concettuale della nozione di causa, cfr. *ex plurimis* G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, 1966; G. GORLA, *Il contratto*, I, 1955; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, p. 172; M. C. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto* Milano, 1987, p. 420 s.s.; A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, Roma, 1998, p. 1 e ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, 2017; A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, 2007.

²²³ La distinzione tra norma formale e norma sostanziale è condivisa dalla dottrina. Cfr. A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Cod. civ. Commentario* diretto da P. Schlesinger, *Artt. 1500-1509*, Milano, 1987, p. 227.

²²⁴ *Ex plurimis* cfr. App. Torino, 30 ottobre 1987; Trib. Torino, 7 novembre 1985

assistito da patto commissorio. In particolare, il trasferimento del bene in capo alla società di *leasing* sarebbe finalizzato a rafforzare la posizione creditoria, in funzione di garanzia, contro gli eventuali rischi di inadempimento dell'utilizzatore.

Inoltre, la circostanza secondo cui l'importo che l'utilizzatore deve restituire al *lessor* corrisponda alla somma versata da quest'ultimo al momento dell'acquisto, maggiorata degli interessi, denoterebbe un trasferimento di proprietà a scopo di garanzia per la restituzione del trasferimento erogato, secondo lo schema del contratto in frode alla legge, sanzionato dall'art. 1344 c.c.

L'assunto è stato avversato da quella parte della giurisprudenza e della dottrina favorevoli all'ammissibilità del *lease back*, per le quali, viceversa, risulterebbe decisiva l'assenza di un precedente rapporto di debito dell'alienante nei confronti della società di *leasing*.

In questo stato di confusione pretoria ed in assenza di un riferimento normativo, i giudici di merito, successivamente, hanno finito per orientarsi verso l'utilizzazione del c.d. metodo tipologico, che consente una distinzione tra differenti tipi di *lease back*, individuando, da un lato, il c.d. *lease back normale*, che corrisponde ad un normotipo contrattuale lecito e, dall'altro lato, il c.d. *lease back fraudolento* o *anomalo*, considerato tale sulla scorta di determinati indici, tra cui lo scarto tra il prezzo e il valore del bene, l'esclusione di qualunque possibilità di apprensione diretta del bene da parte della società di *leasing*

acquirente, l'entità simbolica del prezzo per l'esercizio dell'opzione finale di riacquisto del bene.²²⁵

Quest'ultimo orientamento è stato, poi, ribadito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto non riconducibile il contratto di *lease back* nell'alveo delle alienazioni in garanzia, essendo esso un contratto di impresa²²⁶, con caratteristiche peculiari, che lo distinguerebbero nettamente dalla fattispecie commissoria. Secondo la Cassazione *“il lease back si configura come un'operazione economica complessa rispondente alla specifica esigenza del venditore utilizzatore [...] di ottenere con immediatezza liquidità mediante l'alienazione di un suo bene strumentale [...] conservando di questo l'uso, e con facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto”*.

Pertanto, nell'ambito di tale schema, caratterizzantesi come momento di normale svolgimento dell'attività di impresa, la vendita all'impresa di *leasing* non risulta piegata a scopo di garanzia, quale accessorio di un preesistente o concomitante mutuo, ma costituisce necessario presupposto per la concessione del bene in leasing le assonanze tra *leasing* e alienazione in garanzia collegata a un mutuo sono indubbiamente consistenti la diversificazione appare tuttavia apprezzabile, qualora si proceda a valutare il *lease back* come operazione economica tipizzata dal suo essere inserita in un contesto socio-economico ben definito, e cioè nella realtà economica delle imprese

²²⁵ Cfr. Trib. Torino, 29 marzo 1988; App. Torino, 30 ottobre 1987; Trib. Torino, 7 novembre 1985.

²²⁶ Questo filone è granitico. Da ultimo cfr. Cass. civ. , 27 marzo 2023, ordinanza n. 8569.

non trascurabile rilievo ai fini della tipizzazione dello schema, assumono quindi vari elementi, costituiti dalla qualità dei contraenti, di regola rappresentati da un'impresa; dai criteri di determinazione del prezzo di vendita, dei canoni e del prezzo di opzione, di regola omogenei in una corretta contrattazione; dalla considerevole durata del rapporto; dalla conformità delle condizioni di utilizzazione del bene a quelle generalmente praticate per un *leasing*. Infatti, argomenta la Corte, anche il *lease back*, come qualunque contratto, può essere adoperato per realizzare scopi illeciti e fraudolenti, anche attraverso la combinazione di più negozi collegati tra loro. Spetterà al giudice, caso per caso, stabilire se la concreta operazione economica si atteggi in modo tale da perseguire un risultato pratico confliggente con il divieto di cui all'art. 2744 c.c. A tal fine, dovrà riscontrare l'eventuale alterazione dello schema negoziale socialmente tipico del *lease back*, tale per cui l'interesse in concreto perseguito esula dall'assetto di interessi proprio del *lease back*, quale contratto d'impresa, ma mira al perseguimento di un risultato materiale vietato dall'art. 2744 c.c.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte deduce che “*lo schema negoziale socialmente tipico del lease back presenta autonomia funzionale e strutturale quale contratto di impresa e caratteri peculiari, di natura soggettiva ed oggettiva, che non consentono di ritenere che esso integri, nel suo fisiologico operare, un fattispecie negoziale fraudolenta sanzionabile ai sensi degli artt. 1344 e 2744 c.c.*”.

Il giudice di legittimità suggerisce, dunque, al fine di distinguere il *lease back* c.d. *normale* da quello c.d. *anomalo* o *fraudolento*, i cui elementi sintomatici sono rappresentati, ad esempio, dalla situazione economica del *lessee*, dalla concreta valutazione dell'affare, in termini di adeguata proporzionalità delle prestazioni dedotte, avuto riguardo ai criteri adottati per la stima del prezzo di vendita, per la determinazione dei canoni di *leasing* e per la quantificazione del prezzo di opzione.

Seguendo tale via interpretativa, il *lease back* risulterebbe composito dei due momenti, autonomi per causa e per disciplina, della compravendita e del *leasing*, con duplice effetto giuridico in capo alle parti: acquisto della proprietà in capo al *lessor* e utilizzazione in locazione finanziaria del medesimo bene da parte del *lessee*.

Invero, l'impostazione passata in rassegna è stata messa in discussione dalla più attenta dottrina²²⁷, la quale ha colto la contraddittorietà del ragionamento della Corte in ordine al profilo della liceità, che, nelle motivazioni del Supremo Collegio, è automatica conseguenza dell'attribuzione all'operazione di *lease back* di una causa di finanziamento, piuttosto che una causa di garanzia che colorerebbe, invece, di illiceità il negozio.

²²⁷ F. CARIMINI, *Il lease back*, in *Leasing e lease back*, a cura di M. Imbrenda e F. Carimini, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, IV, Napoli, 2008, p. 350, in cui testualmente osserva che “Tuttavia, una attenta lettura delle motivazioni addotte non può non suscitare una serie di dubbi e perplessità e indurre ad esprimere talune riflessioni critiche. Sulla base delle quali si tenterà di dimostrare la scarsa bontà delle conclusioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti”.

Tale dottrina ha, infatti, evidenziato che il principale argomento utilizzato dall'impostazione che annette al contratto di *lease back* una causa di finanziamento risiederebbe nell'assenza di un rapporto di debito preesistente tra concedente ed utilizzatore. Tuttavia, delle due l'una: o si esclude la causa di finanziamento o, adottando la qualificazione in termini di locazione finanziaria come contratto con causa di finanziamento, si deve sottolineare l'esistenza di un debito di restituzione che sorge contestualmente alla vendita del bene alla società concedente e alla sua successiva cessione in *leasing* all'utilizzatore.

Inoltre, vendita e locazione finanziaria non sono contratti autonomi ma collegati in funzione di scambio. Ulteriore conferma della causa di garanzia insita nell'operazione di *lease back* risiederebbe nella circostanza secondo cui la maggior parte dei contratti di *lease back* diffusi nella prassi e, quindi, socialmente tipici, possiedono una *pregnante funzione di garanzia*, che *presenta carattere fraudolento sanzionabile ex art 2744 c.c.*

Chiarita la funzione di garanzia che connota l'operazione di *lease back*, la dottrina in argomento si è chiesta se la *causa cavendi* determini *ipso facto* l'illiceità del negozio ai sensi dell'art. 2744 c.c.

Al riguardo, concordando con l'idea che il divieto del patto commissorio trovi la propria *ratio* nell'esigenza di tutela del debitore dal rischio di un approfittamento del creditore e, deducendo, pertanto, per un giudizio di favore verso il patto marciano, conclude nel senso che la funzione di garanzia connotante il contratto di *lease back* non inficia la

validità del negozio. Diversamente optando si avallerebbe l'assunto di quanti tracciano il confine discrezionale tra liceità e illiceità nella insussistenza o, rispettivamente, nella sussistenza di una funzione di garanzia.

Pertanto, il trasferimento in garanzia potrà essere considerato in contrasto con il divieto qualora non siano previsti mezzi idonei ad impedire che il finanziatore si arricchisca ingiustificatamente ai danni

dell'utilizzatore, utilizzando il criterio della proporzionalità delle prestazioni.²²⁸ Il che è assicurato adoperando il meccanismo marciano.

²²⁸ È questo, ormai, il criterio individuato per distinguere l'illiceità della convenzione commissoria da quella marciana, sia da parte della giurisprudenza che da parte della dottrina. Cfr. Cass. 17 gennaio 2010, n. 844, in Guida dir., 2020, 70; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in Vita not., 2013, 719; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in Foro it., 2016, I, c. 685; in Contratti, 1996, 28 ss. V. anche le recenti aperture della giurisprudenza di merito: Trib. Milano, 21 febbraio 2020, in Guida dir., 2020, 70, secondo il quale «affinché possa attribuirsi carattere commissorio all'attribuzione al creditore di un bene a garanzia dell'adempimento è necessario che sussista un'evidente sproporzione tra l'entità del debito e il valore dato in garanzia [...] Dunque, perché ci si possa dolere della violazione del patto commissorio non è sufficiente il trasferimento di un bene a garanzia di un credito, essendo altresì necessario che il bene trasferito sia di valore superiore al credito garantito e che, dunque, si generi una rilevante sproporzione tra il credito ed il bene». In dottrina v. G. BRIANDA, Le prospettive del divieto di patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione, in Contr. impr., 2016, 3, 797; N. CIPRIANI, Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata, in Giur. it., 2017, 1730; A. DOLMETTA, op. cit., 812, G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO e T. RUMI, I nuovi marciali, Torino, 2017, passim. In particolare, in materia di ritenzione, è interessante l'applicazione del principio di proporzionalità compiuta da F. CAMILLETI, Brevi considerazioni su alcuni strumenti di autotutela contrattuale, cit., 1152-1153, il quale più che guardare al rapporto tra il valore del bene e quello del credito alla data dell'inadempimento individua un necessario «rapporto di proporzionalità o corrispettività tra il rifiuto del retentor a consegnare il bene e l'inadempimento del debitore al pagamento del prezzo, alla luce delle circostanze contingenti al caso concreto (si pensi, ad esempio, alla valutazione del rapporto tra l'entità del credito vantato dal retentor ed il valore o l'utilità della cosa per il debitore e al danno che questi ne subisca a causa della perduranza dello spossessamento; palesi sono in questo caso le analogie con la richiesta gravità dell'inadempimento per ottenere la risoluzione, e la ricorrenza del medesimo requisito, per opporre, ex art. 1460, comma 2, l'eccezione di inadempimento)». Il tema del rapporto tra garanzia e proporzionalità rimane caldissimo in dottrina, ex multis, P. PERLINGIERI, Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, in ID., Il diritto dei contratti, fra persona e mercato. Problemi del diritto civile, Napoli, 2003, 452; ID., Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato, in Corr. giur., 2011, 9, 1304 ss.; G. TARZIA, Il giusto processo di esecuzione, in Riv. dir. proc., 2002, 1, 329 ss.; A.M. SOLDI, I rimedi contro l'abuso dell'espropriazione forzata, in Riv. esec. forz., 2008, 133 ss.; S. GIOVA, La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno, Napoli, 2012, 56 ss. Tra i contributi più recenti v. M. ANGELONE, Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità e buona fede in tema di garanzie, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI (a cura di), Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo, Napoli, 2017, II, 73 ss.; F. LAZZARELLI, Ragionevolezza e proporzionalità nella conservazione della garanzia patrimoniale: nuovi profili applicativi dell'abuso del diritto, ivi, 563 ss.; D. ACHILLE, Eccesso di iscrizione ipotecaria e "principio" di proporzionalità delle garanzie rispetto al credito, in Riv. dir. civ., 2018, 2, 460 ss.; S. PAGLIANTINI, Responsabilità patrimoniale e proporzionalità: vademecum minimo per l'uso, in Eur. dir. priv., 2018, 3, 891 ss.; M. GALLETTI, Analitica della responsabilità patrimoniale e principio di proporzionalità, in Giust. civ., 2019, 1, 161 ss.

L'impostazione è avallata da successive numerose pronunce di legittimità²²⁹, le quali hanno sottolineato che il patto marciano esclude l'illiceità della causa del negozio, la quale non sussiste pur in presenza di costituzione di garanzie che presuppongono un trasferimento di proprietà, qualora queste risultino integrate entro schemi negoziali che tale abuso escludono in radice, come nel caso del pegno irregolare, del riporto finanziario e del patto marciano.

Affinché la clausola marciana possa conseguire l'*effetto legalizzante del contratto di lease back*²³⁰, occorre che essa preveda, per il caso ed al momento dell'inadempimento, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria, un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento, ai sensi dell'art. 1349 c.c., al fine della corretta determinazione dell'*an* e del *quantum* della eventuale differenza di surplus da corrispondere all'utilizzatore.²³¹ La pratica degli affari potrà,

²²⁹ Cass.civ., 21 gennaio 2005, n.1273; Cass. civ., 9 maggio 2013, n. 10986; Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625; Cass. civ., sez. II, 17 gennaio 2022, n. 1221; Cass. civ., sez. III, 26 aprile 2022, n. 12973; Cass. civ., sez. II, 17 giugno 2022, 19694. Non sono mancate pronunce in senso contrario, tali cioè da postulare l'attualità di quell'interpretazione che colora di illiceità il contratto di *lease back* ove si ravvisi uno scopo pratico di garanzia, in proposito cfr. Cass. civ., sez. III, 8 giugno 2023, n. 16367, secondo cui "In tema di "sale and lease back", contratto socialmente tipico, ai fini della violazione del divieto di patto commissorio non è necessaria la congiunta ricorrenza dei tre indici sintomatici, quali l'esistenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice, le difficoltà economiche di quest'ultima e la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente, in quanto assume rilievo fondamentale che la complessiva operazione negoziale sia finalizzata a realizzare una causa concreta di garanzia, in luogo dell'effettivo trasferimento dei beni, il cui accertamento è rimesso al giudice di merito, anche sulla base di altri idonei indici rivelatori".

²³⁰ Così testualmente Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625.

²³¹ *Iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandum*, secondo la tradizione giustiniana.

poi, prevedere diverse modalità concrete di stima, purchè siano rispettati detti requisiti.

Non è invece necessario che la clausola marciana subordini, altresì, alla condizione del pagamento della differenza l'acquisizione del bene da parte del creditore: invero, così come per il divieto ex art. 2744 c.c., anche la clausola marciana può essere in concreto articolata non solo nel senso di ancorare all'inadempimento il trasferimento della proprietà del bene, ma pure il consolidamento dell'effetto traslativo già realizzato, che si verificherà solo ove sia corrisposta l'eventuale differenza.

Capitolo III

1. La clausola marciana quale strumento di autotutela privata

Dall'esame dei profili strutturali dei meccanismi marciani di conio legislativo, emerge che gli stessi si configurano quale rimedio consensuale alternativo non solo all'esecuzione giudiziale, ma anche alla risoluzione per inadempimento.²³²

Sul piano della natura giuridica occorre, pertanto, qualificare il patto marciano in termini di strumento di autotutela privata.²³³

Il discorso si innesta nell'ampio dibattito sulla praticabilità di forme di autotutela convenzionale a fronte di un sistema che riserva alla funzione giurisdizionale pubblica la tutela dei diritti e ripudia la prerogativa del singolo di farsi giustizia da sé.

Ed, invero, dal tenore letterale della disposizione di cui all'art. 2907 c.c., secondo cui *“alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria ordinaria”*, parte della dottrina, specie in tempi meno recenti, ha ritenuto che il compito di assicurare il rispetto delle norme giuridiche compete allo Stato.²³⁴

²³² In merito alle deroghe consensuali alla disciplina della risoluzione per inadempimento cfr. G. AMADIO, *Le deroghe convenzionali alla disciplina della risoluzione per inadempimento*, Studio n. 160/2020/C.

²³³ Cfr. A. CILENTO, *Il percorso verso l'ammissibilità del patto marciano*, in *De Iustitia*, 7/2020, p. 4, il quale osserva che *“è proprio il rafforzamento della via stragiudiziale dell'autotutela esecutiva a costituire il denominatore comune della legislazione interna e di quella europea [...]”*.

²³⁴ Sull'argomento cfr. A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, in *Biblioteca di diritto privato* ordinata da P. Rescigno, 61, Napoli, 2011, p. 6. La convinzione era radicata già nei tempi antichi e risalente al diritto romano. In un passo del giurista romano Paolo (Paul. 13 ad Plaut., D.

Sul tema è opportuno richiamare gli studi, anche risalenti, di quella parte della dottrina che apre alla possibilità di forme di autotutela privata, sulla scorta della considerazione secondo la quale, nell'attuale realtà sociale, economica e normativa la ritrosia verso forme di autotutela privata è frutto di un approccio marcatamente ideologico, tendente a invocare come ancora attuali argomenti sviluppati per rifiutare forme arcaiche di giustizia privata.²³⁵

Nell'ambito dell'orientamento favorevole a riconoscere forme di autotutela, è dato rilevare una cesura tra quanti affermano la riserva di legge, negando ai privati la facoltà di sperimentare forme di autotutela diverse da quelle 'tipiche'²³⁶ e quanti, invece, sul presupposto dell'assenza di un espresso divieto di legge e di ragioni di contrasto diretto con le

50,17,176: «*non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi*») si mostra come la tesi che vede nel divieto di autotutela un mezzo per impedire turbative dell'ordine pubblico abbia origini molto antiche. Secondo la dottrina storico-giuridica, prima di tale noto passo, il diritto romano non conteneva un divieto generale di farsi giustizia da sé, limitandosi a vietare specifiche forme di autodifesa violenta. In età imperiale, l'acquisizione da parte dell'autorità imperiale del monopolio dell'amministrazione della giustizia avrebbe determinato la formulazione del divieto per i privati di tutelare da sé le proprie ragioni. Tra le ipotesi più antiche di autodifesa lecita, oltre alla *manus iniectio* -primo esempio di azione esecutiva sul debitore-, merita menzione la facoltà del precario *dans* di recuperare il bene che il precarista ricusasse di restituire

²³⁵ M. C. BIANCA, voce «Autotutela», in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 2000, p. 130.

²³⁶ Cfr. E. BETTI, voce «Autotutela, (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529 s.s., sulla cui articolazione di pensiero si rinvia, però, agli attenti rilievi di P. PERLINGIERI, *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 447 s.s.; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1971, I, p. 47; W. D'AVANZO, voce «Ritenzione (diritto di)», in *Novissimo Dig.*, XVI, Torino, 1969, p. 70 ss.; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999, p. 131. In chiave comparata, per l'autotutela nell'ordinamento tedesco cfr. LEHMANN - HUBNER, *Allg. Teil der burg. Gesetzbuchs*, Berlin, 1966, p. 119; SORGEL - SIEBERT, *Kommentar zum BGB*, I, *Allg. Teil*, Stuttgart, 1967, 992.

norme imperative e l'ordine pubblico, ammettono l'autotutela di fonte convenzionale.²³⁷

Riscontrata, invero, l'assenza di un divieto generale, le esigenze della realtà economica e le sollecitazioni provenienti dal sistema sono tali da suggerire un ripensamento dell'impostazione più antica, per ricavarne una visione più misurata e fruibile dei possibili effetti del ricorso a forme di autotutela privata e della loro compatibilità con il sistema, ammettendo la configurabilità della facoltà, in capo ai privati, di programmare anticipatamente le conseguenze dell'inadempimento del debitore con funzione di garanzia ovvero con lo scopo di indurlo all'adempimento pur di evitare gli effetti programmati, ai quali si può aggiungere, altresì, l'interesse delle parti di prevedere anche modalità soddisfattive del credito che prescindano dal più dispendioso ricorso alla tutela esecutiva e concorsuale.

²³⁷ Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità nelle garanzie*, Napoli, 2000, p. 129 s.; S. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, p. 5 s.s.; ID., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 195 ss.; L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, p. 136 ss.; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983, p. 67 ss.; A. SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 89; G. SICCHIERO, *Osservazioni sintetiche sul patto di ritenzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 616 s.; A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019, p. 38, secondo il quale l'autotutela non rappresenterebbe una declinazione dell'autonomia rispetto alla quale svolgerebbe una funzione diversa: «l'autonomia negoziale crea un regolamento di interessi, l'autotutela difende gli interessi dedotti nel regolamento. Ciononostante le due figure hanno un comune denominatore: la libertà del privato. La libertà del privato di regolare i propri interessi nel modo migliore possibile, la libertà del privato di difendere tali interessi mediante strumenti giuridici funzionali a tale scopo. Entrambe, l'autonomia negoziale e l'autotutela, hanno tuttavia, senza dubbio, medesimo limite: il rispetto dei principi dell'ordinamento». Ancora, v. T. MONTECCHIARI, *Ius singulare e autotutela privata. Contributo allo studio di una categoria*, Napoli, 2019, p. 29, la quale preferisce discorrere di *ius singulare* per indicare come, rispetto all'autotutela, non si avrebbe un diritto eccezionale, ma la possibilità di tutelare un diritto esistente senza l'intervento dell'organo giurisdizionale.

Preliminarmente, va precisato che il Codice civile non contiene una definizione di autotutela,²³⁸ la quale, ritenuta espressione di autonomia privata, sembra costituire il risultato dell'esercizio di singoli *poteri specifici*,²³⁹ aventi fonte in una previsione di legge²⁴⁰ o in una clausola pattizia,²⁴¹ che consenta all'interessato di realizzare immediatamente, sul piano stragiudiziale, un determinato effetto nella sfera giuridica dell'autore della condotta lesiva,²⁴² senza che costui sia in grado di sottrarsene, se non assumendo il comportamento la cui mancata

²³⁸ Nell'ordinamento giuridico italiano manca una previsione generale sulla ammissibilità di forme di autotutela privata come quella contemplata da altri ordinamenti, ad esempio quello tedesco che lo contempla all'art. § 229 BGB. Sul punto cfr. A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019, p. 32 s.s., il quale ricorda, tuttavia, che il progetto preliminare del nostro Codice civile conteneva una norma espressamente dedicata all'autotutela possessoria (art. 553: «*il possessore anche se in nome altrui ha facoltà di difendere o di riprendere il possesso sulla cosa anche con la forza contro l'altrui violenza nei limiti consentiti dalla legge penale*»). Sull'argomento, v. anche A. RICCI, *Sul «principio di ragione naturale»: a proposito dell'autotutela possessoria*, in *Contr. impr.*, 2009, 6, p. 1200. Sul piano della comparazione merita un richiamo anche la scelta del diritto cinese di prevedere una disciplina generale della ritenzione: per ogni riferimento al riguardo, ed anche per un'attenta ricostruzione delle origini della ritenzione nel diritto romano, v. M. VINCI, *Riflessioni storico-comparative in tema di ritenzione: diritto romano, diritto italiano, Diritto cinese*, in *Riv. dir. integr. unif. dir. eur. amer. lat.*, 2011, 31-32, p. 95 ss.

²³⁹ In tal senso v. L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1971, I, p. 46.

²⁴⁰ In questo senso cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1971, I, p. 46 s.s.

²⁴¹ Per quegli autori che ammettono la configurabilità di poteri di autotutela di genesi convenzionale, per i quali tra autonomia e autotutela intercorra un rapporto di strumentalità. L'autotutela, quando proviene da un atto di autonomia privata, prende il nome di autotutela consensuale. Se guardato da un'altra prospettiva, il rapporto tra autonomia e autotutela è di tipo causale, perché la funzione di autotutela è la giustificazione socio-economica dell'atto di autonomia. Viceversa, coloro i quali negano la configurabilità di forme di autotutela consensuale, ritengono che tra l'autonomia privata e l'autotutela vi sia un rapporto di reciproca esclusione. In questo senso cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, *Introduzione*, Milano, 1971, p. 69 s.s.; sull'argomento v. anche V. CONFORTINI, *Il primato del credito. Responsabilità patrimoniale ed espropriazione privata nell'economia del debito*, Napoli, 2020, p. 19 s.

²⁴² La causa dell'attribuzione di un potere di autotutela riposa nell'esigenza di superare una lesione o un pericolo di lesione arrecati ad un interesse giuridicamente significativo.

attuazione ha dato luogo alla lesione,²⁴³ di cui l'autotutela tende a riparare o a neutralizzare le conseguenze negative.²⁴⁴

²⁴³ Affinché il potere di autotutela sia attivabile, non è necessario che la minaccia lesiva sia portata a compimento. A volte, l'autotutela viene esercitata proprio per cautelarsi contro un pericolo di danno futuro. Una funzione preventiva o di coazione indiretta all'osservanza del vincolo realizzano l'art. 1460 c.c., l'art. 1461 c.c., l'art. 1481 c.c., l'art. 1482 c.c., le ipotesi di ritenzione legale (tra cui, art. 748, ultimo comma, c.c., art. 1011 c.c., art. 2235 c.c.).

²⁴⁴ L'autotutela è categoria che rinvia a quella più generale di tutela, intesa come mezzo predisposto per l'ipotesi in cui un interesse non trovi soddisfazione nei rapporti intersoggettivi. Entro la classe delle tutele, la sottocategoria delle autotutele richiama fattispecie estremamente varie quanto ai poteri-mezzo, unite quanto alla fonte di provenienza della tutela direttamente dal soggetto titolare dell'interesse, piuttosto che da un terzo estraneo al rapporto. In particolare, si suole classificare i poteri di autotutela secondo la fonte del potere mezzo. Si parla di autotutela unilaterale, quando essa discende direttamente dalla legge, mentre è consensuale quando il potere è attribuito con l'accordo di colui nei confronti del quale sarà esercitata. Con riguardo al fatto attraverso cui si esplicita, si parla di autotutela attivata, quando ha per contenuto una condotta positiva e per risultato il mutamento protettivo di uno stato di fatto o di diritto, mentre è passiva quando ha, viceversa, per contenuto un'omissione e per risultato il mantenimento dello stato di fatto esistente contro l'altrui pretesa di mutarlo. Infine, quanto alla funzione, si discorre di autotutela cautelare quando è meramente preventiva ovvero esecutivo-satisfattiva, quando mira alla realizzazione dell'interesse del titolare. Al riguardo va precisato che non ogni mezzo finalizzato alla difesa privata di un interesse o al componimento extraprocessuale di un conflitto, attuale o potenziale, costituisce autotutela. Ad esempio, il contratto di transazione, di cui all'art. 1965 c.c., o il negozio di accertamento, sono diretti a rimuovere la *res litigiosa*, ma con l'accordo delle parti (in riferimento alla transazione si discorre di "*previo consenso della controparte*", ai sensi dell'art. 1965, comma primo, c.c.). Pertanto, secondo la prevalente impostazione dottrinale, tali strumenti vanno esclusi dal novero degli strumenti di autotutela, cui vanno ascritti quegli strumenti che consentono alla parte interessata la realizzazione dell'interesse in modo diretto e immediato. Sul punto v. A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, in *Biblioteca di diritto privato* ordinata da P. Rescigno, 61, Napoli, 2011 p. 11; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1971, I, p. 23 s.s.; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983, p. 42 s.s.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, p. 62; C. M. BIANCA, Autotutela (dir. priv.), Agg., in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000, p. 130; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 30 s.s.; A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione con il sistema tedesco*, Napoli, 1995; M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli, 1937.

Sebbene non appaiono esserci voci contrarie alla qualificazione del patto marciano in termini di strumento di autotutela privata,²⁴⁵ sul terreno contrattuale la figura presenta un'innegabile connessione con il profilo dell'abuso del diritto,²⁴⁶ dato che l'autotutela esercitata fuori dai confini ordinamentali deve essere reputata un'attività *abusiva* e, come tale, interdetta.²⁴⁷

1.1 Lo statuto normativo del creditore procedente: responsabilità e buona fede *in executivis* (segue)

Invero, il consolidamento dei poteri di autotutela privata, quale proiezione dell'autonomia negoziale, determina l'apertura del discorso verso l'ulteriore profilo attinente all'individuazione dello statuto normativo da cui evincere il canone di condotta a cui è tenuto il creditore procedente.

Lo slittamento dell'esecuzione coattiva del credito, in ipotesi di inadempimento, dalla sfera del processo a quella del contratto, determina il richiamo ai canoni codicistici di valutazione della condotta del

²⁴⁵ Cfr. A. DI MAJO, *Dominio e relazione nell'obbligazione*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 1 giugno 2021, p. 193 s.s., secondo cui “*In definitiva, in linea generale, è l'apertura all'autonomia delle parti, e sia essa anche la parte debitrice, ove non opponente, a consentire di mettere fuori uso la espropriazione statuale. Ma detta autonomia, per definizione, non porta direttamente argomenti a favore della nozione di autotutela esecutiva del credito. Essa è in posizione alternativa rispetto alla volontà unilaterale del creditore perché si integra con quella del debitore. Il che dovrebbe consentire non più di definirla autotutela esecutiva ma semmai autotutela consensuale, ove il consenso figura quale elemento che permette di fare a meno dell'intervento statuale e di avvicinarsi all'adempimento del debitore*”.

²⁴⁶ Cfr. F. LAZZARELLI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella conservazione della garanzia patrimoniale: nuovi profili applicativi dell'abuso del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 509 s.s.

²⁴⁷ Cfr. G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'opponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, p. 15 s.s.; P. RESCIGNO, *Presentazione a A. De Sanctis Ricciardone, L'autotutela civile*, in *Biblioteca di diritto privato* ordinata da P. Rescigno, Napoli, 2011, p. XIX

contraente. Primo fra tutti il canone della buona fede *in executivis*, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.²⁴⁸

Sul piano generale, già la Relazione del Guardasigilli Grandi al Codice civile del 4 aprile 1942 n. 558, affermava che “*la correttezza [...] è il dovere di comportarsi in modo da non ledere l’interesse altrui fuori dai limiti della legittima tutela dell’interesse proprio*”.²⁴⁹

Ciò posto dal punto di vista teorico, si pone il problema di tracciare il confine entro il quale l’interesse della controparte cede all’apprezzabile sacrificio del proprio.²⁵⁰

²⁴⁸ La buona fede è una locuzione che compare in numerose norme del Codice civile, tra cui gli artt. 1175, 1337, 1375, 1358, 1460, comma 2, e 1366 c.c., per designare una pluralità di istituti caratterizzati da una diversa *ratio legis*. Il differenziato impiego normativo ha introdotto una distinzione, ormai corrente, tra una concezione di buona fede intesa in senso soggettivo – come ignoranza di ledere l’altrui diritto – e buona fede in senso oggettivo, quale clausola generale afferente a un criterio di valutazione del comportamento tenuto dalle parti. In tal senso, la buona fede è intesa anche come sinonimo di correttezza, nella dottrina civilistica italiana, sulla scorta delle indicazioni della cultura civilistica tedesca. Il consolidamento, sul piano teorico, dell’espansione del principio di buona fede e della propensione rivalutativa dello stesso rispetto al codice Pisanelli, si coglie nell’opinione di chi iscrive la buona fede nel sistema dei valori costituzionali, indicandone la relazione con il principio di solidarietà di cui all’art. 2 della Carta fondamentale ed attribuendo alla regola di buona fede contenuto, dimensione e valenza politico-costituzionale dai confini ampi. Con riguardo all’escussione stragiudiziale delle garanzie, la dottrina e la giurisprudenza in merito al canone di buona fede è poco vasta, considerata l’introduzione pressoché recente dei nuovi meccanismi. Fanno eccezione i contratti di garanzia finanziaria, dove, tuttavia, il canone della buona fede è per lo più sostituito da quello della *ragionevolezza commerciale*.

²⁴⁹ Sul punto cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 34 s.s.

²⁵⁰ Su questo aspetto si riscontra una giurisprudenza promiscua, volta ad individuare i parametri in base ai quali distinguere il sacrificio esigibile da quello inesigibile. Sono stati individuati così i parametri della costosità, per cui il soggetto non è tenuto a tenere condotte che provochino sacrifici patrimoniali eccessivi, ed il parametro della aleatorietà, secondo cui il creditore non è tenuto a sottoporsi a rischi ai quali non era sottoposto precedentemente all’inadempimento dell’obbligazione. Cfr. *ex multis* Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743; Cass. sez. III, ord. 30 aprile 2018, n. 10320; Cass. sez. I, ord. 14 gennaio 2019 n. 640; Cass. Sez. III, Sentenza n. 10182 del 04 maggio 2009; Cass. Sez. III, Sentenza n. 5240 del 2004; Cass. civ. 8 febbraio 1999, n. 1078.

In particolare, con riguardo all'escussione della garanzia in autotutela,²⁵¹ occorre stabilire, *ex parte creditoris*, se sia onere del creditore escutere immediatamente la garanzia al fine di ridurre l'esposizione debitoria e, conseguentemente, l'ammontare degli interessi di mora. *Ex latere debitoris*, se sussiste, invece, in capo a questi un interesse giuridicamente rilevante alla immediata realizzazione della garanzia.

Una risposta positiva al primo quesito discende da una serie di addentellati normativi. Non solo dell'applicazione del citato canone di buona fede *in executivis*, ma ancora prima del dovere di mitigare il danno posto dall'art. 1227, comma secondo, c.c.²⁵²

E, d'altra parte, attingendo alla disciplina codicistica, depongono in senso favorevole le stesse previsioni di cui agli artt. 1515 e s.s. del Codice civile che, in tema di vendita in danno, prevedono che la parte non inadempiente deve procedere *senza ritardo* alla vendita.²⁵³

²⁵¹ Cfr. L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, I, in *Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia*, 2015, p. 33 s.s.

²⁵² Dal punto di vista applicativo la norma ha conosciuto diverse evoluzioni. Inizialmente si riteneva che la norma imponesse al creditore danneggiato di non violare l'obbligo negativo di non tenere comportamenti di aggravamento del danno. Successivamente è stato, invece, ritenuto che la norma, interpretata alla luce del principio di buona fede, imponga al creditore non solo l'obbligo negativo di non tenere comportamenti di aggravamento, ma anche l'obbligo positivo di tenere tutte le condotte esigibili in base alla buona fede per limitare o evitare integralmente il danno risarcibile. L'unico limite a questa limitazione è quello rappresentato dal ragionevole sacrificio. La fattispecie è nota anche negli ordinamenti di *common law* come *duty to mitigate*.

²⁵³ Potrebbe verificarsi anche il caso opposto, cioè che il creditore non attenda che le condizioni di mercato ritornano favorevoli per escutere la garanzia. Sull'argomento, in dottrina, v. le attente analisi di F. MURINO, *L'escussione*, in *I contratti di garanzia finanziaria* a cura di E. Gabrielli, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu - F. Messineo (già diretto da L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, V. Roppo, F. Anelli), Milano, 2018, p. 176 s.s.; ID, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2010, 337; E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2005, p. 845.; G. GORLA, *Del pegno, delle ipoteche: art. 2784-2899*, in *Foro it.*, 4 ed., Roma, 1992, p. 125. In giurisprudenza v. *ex multis* Trib. Milano, 21 gennaio 1991, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, II, p. 94 s.s., App. Milano, 13 aprile 2011, in *Il caso.it*.

Oltre all'interesse alla tempestività dell'escussione, anche quello alla valorizzazione del bene assume rilevanza giuridica, giacché l'espropriazione privata affida al creditore la conversione del bene in denaro che, nella misura eccedente il credito garantito, spetta al debitore.

L'individuazione dei criteri di valutazione della condotta discrezionale va acquistando nuova centralità all'interno degli strumenti consensuali di gestione dell'inadempimento. Ciò è rimarcato dallo stesso art. 120 *quinquiesdecies*, comma terzo, Tu.b., nell'ambito della disciplina del marciando al consumatore, il quale dispone che *“in ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo”*.

Anche, più in generale, dall'insieme degli obblighi procedurali volti alla realizzazione del bene secondo procedure competitive o comunque capaci di attrarre il maggior numero di acquirenti, deve affermarsi l'esistenza di un interesse giuridicamente tutelato del debitore a non vedersi privato di porzioni patrimoniali che eccedano il valore del credito garantito, e questo anche per conservare intatta la garanzia generica degli altri creditori.

Al riguardo, un profilo rilevante è stabilire se i creditori del garante possano esercitare *iure proprio* l'azione di rideterminazione dei valori per far accertare la difformità dell'escussione dalla *ragionevolezza*

commerciale, ai sensi dell'art. 8 del d. lgs n. 170/2004,²⁵⁴ o se quest'ultima possa essere fatta oggetto di una domanda risarcitoria e a che titolo.

A quest'ultimo proposito, un'interessante dottrina,²⁵⁵ in riferimento alle garanzie finanziarie, distingue tra creditori che vantano concorrenti garanzie reali sul bene oggetto di escussione dagli altri creditori, che genericamente potrebbero ricevere un pregiudizio dall'escussione difforme dallo *standard* della ragionevolezza commerciale, indirettamente colpiti dal depauperamento della garanzia patrimoniale generica che li assiste. Ai primi si riconosce un'autonoma posizione di destinatari di obblighi di protezione, mentre per quelli privi di un titolo che vincoli direttamente il valore del bene escusso alla loro soddisfazione, si profila la possibilità di una lesione aquiliana del credito, quando si possa provare che il creditore, nel violare lo *standard* di ragionevolezza commerciale nell'esercizio del suo potere di autotutela, abbia reso al debitore-garante impossibile adempiere.

Tale criterio potrebbe essere adottato anche per tutte le altre ipotesi di escussione della garanzia in autotutela, dove al criterio della ragionevolezza commerciale e al sistema misto di ricezione da parte dell'autorità di vigilanza dei modelli contrattuali elaborati nella prassi

²⁵⁴ Il d. lgs. n. 170/2004 disciplina i contratti di garanzia finanziaria. All'art. 1 definisce contratto di garanzia finanziaria “il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie”. Nella disciplina dei contratti di garanzia finanziaria si discorre di ragionevolezza commerciale, in luogo del canone di buona fede. Cfr. E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie: profili generali*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*. Torino, 2011 p. 19 s.

²⁵⁵ F. MURINO, *L'escussione*, in *I contratti di garanzia finanziaria* a cura di E. Gabrielli, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu - F. Messineo (già diretto da L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, V. Roppo, F. Anelli), Milano, 2018, p. 207 s.s.

internazionale, si sostituisce quello della buona fede *in executivis*,²⁵⁶ ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.

Occorre, pertanto, procedere alla perimetrazione delle condotte che concretizzano la buona fede nell'esecuzione stragiudiziale, perché necessario strumento di equilibrio fra la correttezza dei risultati dell'escussione e la tutela dei soggetti interessati alla vicenda esecutiva.

In particolare, ove lo *standard* comportamentale richiesto al creditore è rappresentato dalla buona fede e correttezza assume rilievo l'insieme degli obblighi procedimentali che gravitano nell'orbita dell'espropriazione privata e, secondo alcuni autori,²⁵⁷ troverebbe applicazione, in via analogica, anche la disciplina del mandato *in rem propriam*, che parrebbe connotare tutti i casi di attività gestoria esercitata anche nell'interesse altrui.

L'elenco degli obblighi gravanti sul creditore procedente è necessariamente aperto, perché ancorato alle circostanze del caso concreto. Tra questi obblighi vi rientrano, a titolo esemplificativo, quello di attivarsi tempestivamente per la realizzazione della garanzia, quello di procedere a forme della vendita che consentano la più ampia partecipazione di potenziali acquirenti, l'obbligo di rendiconto, la

²⁵⁶ In merito ai rapporti tra lo *standard* di ragionevolezza commerciale delle condizioni di realizzo e dei criteri di valutazione e la clausola generale di correttezza e buona fede v. le approfondite osservazioni di F. MURINO, *o.u.c.*, p. 281 s.s.

²⁵⁷ Cfr. V. CONFORTINI, *Primato del credito. Responsabilità patrimoniale ed espropriazione privata nell'economia del debito*, Napoli, 2020, p. 267; R. GENGHINI, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contr. e impr.*, 1995; G. O. MENNELLA- G. C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Quaderni di Notariato*, 2015; A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, Torino, 2016.

responsabilità di cui all'art. 1717 c.c. nel caso di stima rimessa a persona scelta dallo stesso creditore istante.

Un discorso a parte merita la posizione dei titolari di garanzie reali concorrenti sul bene oggetto di escussione, in riferimento alla quale si pongono due profili critici.

Innanzitutto, se essi sono titolari di un interesse qualificato alla corretta e diligente escussione e che rilevanza ha la conoscenza o la conoscibilità del vincolo. In secondo luogo, quale sia la posizione del creditore procedente rispetto all'obbligo di restituzione del c.d. supero, cioè della differenza tra il valore del bene vincolato e l'ammontare del credito residuo.

A tal proposito, siccome la restituzione al debitore del c.d. supero potrebbe pregiudicare le ragioni di altri eventuali creditori, è da ritenere che la restituzione sia legittima solo se i vincoli sul bene da parte degli eventuali altri creditori non siano opponibili al creditore procedente.

Potrebbe anche succedere che più creditori avviino l'espropriazione nei confronti del medesimo bene. In tale specifica ipotesi sono prospettabili, in astratto, due differenti soluzioni interpretative. La prima soluzione è quella che fa perno su un principio di autoresponsabilità del creditore procedente, almeno nei casi in cui la legge ponga in capo a questi un obbligo di comunicare agli altri creditori iscritti la propria volontà di procedere all'esecuzione forzata, ove il creditore garantito tema la sostituzione qualitativa dell'oggetto della garanzia ha l'onere di pignorarla, facendo confluire l'espropriazione privata singolare nel procedimento di esecuzione forzata giudiziale.

Tuttavia, il quesito giuridico residua in tutti quei casi nei quali la legge non disciplina il rapporto tra esecuzione individuale ed esecuzione giudiziale, come avviene nella disciplina del prestito vitalizio ipotecario e nei contratti di garanzia finanziaria, oppure in quei casi nei quali il creditore procedente non ha alcun onere di informare gli altri eventuali creditori iscritti in ordine alla volontà di procedere *in executivis*.

Secondo un'ipotesi interpretativa alternativa,²⁵⁸ la circostanza per la quale il creditore procedente in autotutela esecutiva attivi il meccanismo marciano su un bene vincolato anche a garanzia di altri,²⁵⁹ avvicina la posizione di questi a chi esercita un potere anche nell'interesse altrui, con conseguente responsabilità in caso di escussione negligente o contraria ai canoni di correttezza e dell'obbligo di custodire la somma ricavata dall'espropriazione e distribuirla ai creditori concorrenti secondo il grado di prelazione.

In particolare, limitatamente al prestito vitalizio ipotecario, una parte della dottrina²⁶⁰ ha proposto di parametrare il grado di diligenza richiesto al creditore procedente su quella del delegato all'espropriazione forzata immobiliare, nei limiti di compatibilità con l'esecuzione privata o, secondo altri, sulla diligenza del mandatario *in rem propriam*.²⁶¹

Non sono, poi, mancate soluzioni ermeneutiche che hanno suggerito di mutuare, come canone di diligenza richiesta al creditore

²⁵⁸ Questo è il modello stabilito dalla Convenzione di *Cape Town*, in cui sono confluiti i lavori dell'Unidroit, che sono tra le fonti dottrinali che hanno elaborato i modelli di diritto uniforme delle garanzie mobiliari.

²⁵⁹ R. LENZI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017, p. 345 s.

²⁶⁰ R. LENZI, *o.u.c.*, p. 345 s.s.

²⁶¹ G. O. MENNELLA, *Il rimborso del prestito*, in *Il prestito vitalizio ipotecario*, a cura di G. O. Mennella - G. C. Platania, in *Quaderni del Notariato*, 11/2015, p. 179 s.s.

precedente, quella dell'erede con beneficio d'inventario che procede alla soddisfazione dei creditori del *de cuius*, non essendo ritenuta particolarmente complessa l'attività di distribuzione del supero.²⁶²

Infine, per le fattispecie in cui non sia già espressamente previsto,²⁶³ è stato ipotizzato un obbligo di rendiconto e di separazione delle somme ricavate.²⁶⁴

2. Clausola marciana e condizione di inadempimento

La relazione che il regolamento negoziale cui accede la clausola marciana istituisce fra l'inadempimento dell'obbligazione e il trasferimento del diritto reale di garanzia rende del tutto pertinente il richiamo al modello condizionale, con particolare riferimento all'ipotesi della condizione sospensiva di inadempimento.²⁶⁵

Il discorso si inquadra nel più ampio contesto delle tutele contrattuali che afferiscono all'idoneità dell'autonomia privata di modulare diversamente la scansione normativa dei rimedi sinallagmatici.²⁶⁶

²⁶² V. CONFORTINI, *Primato del credito. Responsabilità patrimoniale ed espropriazione privata nell'economia del debito*, Napoli, 2020, p. 270.

²⁶³ V. art. 48 *bis* T.u.b.

²⁶⁴ R. LENZI, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017, p. 346. In generale sull'argomento cfr. M. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto delle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001, p. 61 s.s.; L. GHIDONI, *L'obbligazione di rendere il conto*, Napoli, 2018.

²⁶⁵ La condizione, come prevede l'art. 1353 c.c., può riguardare anche «*un singolo patto*».

²⁶⁶ Invero, l'idea della risoluzione come rimedio contrattuale, anziché come fattispecie meramente caducatoria-sanzionatoria, può dirsi, ormai, universalmente accolta, anche sulla scorta di una rinnovata attenzione riservata dal giurista continentale alle forme e tecniche di tutela civile. In quest'ambito, anzi, essa rappresenta il paradigma di riferimento della categoria di matrice dottrinale dei c.d. «*rimedi sinallagmatici*». In dottrina cfr. R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 1583 s.s.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 876 ss.; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI e M.

Il dibattito dottrinale,²⁶⁷ in particolare, si è incentrato, per un verso, sulla possibilità di regolare pattiziamente ed in modo difforme dalla legge l'alternativa tra tutela satisfattiva *-i.e.* domanda di adempimento- e tutela risolutoria,²⁶⁸ cosicché l'attenzione degli interpreti ha riguardato, soprattutto, l'ammissibilità e i limiti delle deroghe convenzionali alla disciplina generale dell'azione di risoluzione di cui agli artt. 1453-1462 c.c.²⁶⁹

Per altro verso, invece, le considerazioni in materia si sono focalizzate sulla possibilità dei privati di predisporre convenzionalmente congegni diversi da quelli normativamente previsti e, dunque, alternativi alla risoluzione per inadempimento.²⁷⁰

Sotto quest'ultimo profilo, occorre, dunque, domandarsi, in primo luogo, se i contraenti possano validamente prevedere come evento condizionante il concreto inadempimento di una delle obbligazioni principali del contratto.²⁷¹

COSTANZA, Risoluzione per inadempimento, Art. 1453-1454, in Comm. Scialoja-Branca, Zanichelli, 1990, 1 ss.; G. AMADIO, *Le deroghe convenzionali alla disciplina della risoluzione per inadempimento*, Studio n. 160-2020/C, in Consiglio Nazionale del Notariato, p. 2 s.s. Per la giurisprudenza cfr. Cass. civ. 21 febbraio 1985, n. 1531, in *Vita not.*, 1986, p. 1551 e, più di recente, Cass. civ. 14 gennaio 2009, n. 553, in *Danno resp.*, 2009, p. 625, con nota di M. DELLACASA, *Ritenzione della caparra confirmatoria e disponibilità dell'effetto risolutorio. Riflessioni brevi su un caso di recesso in autotutela*.

²⁶⁷ G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, vol. V, t. 2, Milano, 2006.

²⁶⁸ B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, Padova, 2019; A. GALLARATI, *Il contratto irrisolvibile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola "exclusive remedy" nell'economia del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2016; A. LESTINI, *La c.d. "clausola di irrisolvibilità": tra sopravvenienze e rimedi contrattuali preventivi*, in *RatioIuris*, 2021.

²⁶⁹ U. CARNEVALI, *Brevi note in tema di disponibilità convenzionale della disciplina della risoluzione per inadempimento*, in *Contr.*, 5/2021, p. 598.

²⁷⁰ G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 96 s.

²⁷¹ G. PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile*, in *Not.*, 2/2001, p. 165.

Ci si riferisce alla noto filone giurisprudenziale²⁷² secondo cui, pur costituendo la condizione un elemento accidentale del negozio giuridico e, come tale, distinto dagli elementi essenziali del contratto astrattamente previsti per ciascun contratto *tipico* dalle rispettive discipline, in ogni caso, *«non vi è dubbio che – stante il principio generale dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. da cui deriva il potere delle parti di determinare liberamente entro i limiti imposti dalla legge il contenuto del contratto anche in ordine alla rilevanza attribuita all'uno piuttosto che all'altro degli elementi costitutivi della fattispecie astrattamente disciplinata – i contraenti possono validamente prevedere come evento condizionante, in senso sospensivo o risolutivo dell'efficacia, il concreto adempimento o inadempimento di una delle obbligazioni principali del contratto, con la conseguenza che, ove insorga controversia sulla esistenza ed effettiva portata di quella convenzione difforme dal modello legale, spetta alla parte che la deduca a sostegno della propria pretesa fornirne la prova ed al giudice del merito compiere una approfondita indagine per accertare la volontà dei contraenti»*.

In dottrina, l'orientamento tradizionale è orientato in senso negativo per una serie di argomenti di natura ermeneutica.²⁷³ In primo luogo, difetterebbe il requisito dell'accidentalità, atteso che si verrebbe a

²⁷² Cass. civ. 12 ottobre 1993, n. 10074; Cass. civ., 12 luglio 2013, n. 17287; Cass. civ. 24 giugno 2008, n. 17181; Cass. civ. 03 marzo 1997, n. 1842; Cass. civ. 08 agosto 1990, n. 8051; Cass. civ. 16 febbraio 1983, n. 1181; Cass. civ. 24 febbraio 1983, n. 1432; Cass. civ., 10 ottobre 1975, n. 3229; Cass. civ. 08 novembre 1967, n. 2701; Cass. civ. 08 febbraio 1963, n. 222.

²⁷³ In tal senso cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 305 s.s.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, p. 199 s.; M. C. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 517 s.

configurare come evento condizionante un elemento essenziale. In secondo luogo, difetterebbe il requisito dell'incertezza di cui all'art. 1353 c.c., in quanto la prestazione, essendo un comportamento dovuto, sarebbe suscettibile di attuazione coattiva. Inoltre, si consentirebbe la configurazione di una clausola di esonero da responsabilità, come tale nulla ai sensi dell'art. 1229 c.c., atteso che, in caso di realizzazione dell'evento, venendo meno il contratto con efficacia *ex tunc*, non residuerebbe per il creditore la possibilità di agire a titolo risarcitorio.

La tesi attualmente prevalente in dottrina, superando le obiezioni della tesi opposta,²⁷⁴ ritiene ammissibile che le parti deducono quale evento condizionale l'adempimento o l'inadempimento.

Quanto alla presunta indeducibilità in condizione di elementi essenziali del negozio, tale impostazione ha sostenuto la tesi della distinzione, nella dinamica del contratto, tra momento programmatico, nel quale le parti prospettano il raggiungimento di un determinato risultato e, quindi, ove opererebbe l'impossibilità di dedurre in condizione i comportamenti delle parti, data l'inconciliabilità tra obbligo e condizione, e momento esecutivo ove, viceversa, il concreto

²⁷⁴ Cfr. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento: contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 124 s.s.; P. RESCIGNO, voce *Condizione* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 768 s.s.; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 226 s.s.; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1962, p. 177 ss.; R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996; ID, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, in *Riv. notar.*, 1986, p. 90; E. MARMOCCHI, *Della condizione di adempimento della prestazione*, in *Riv. Not.*, 1983 p. 481 s.s.; G. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, Milano, 1989, p. 37. In giurisprudenza v. Cass. 24 novembre 2003, n. 17859, in *Contratti*, 2004, p. 574; Cass. 15 novembre 2006, n. 24299, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 215.

adempimento di una delle prestazioni già concordate, presentando i caratteri della futuità e dell'incertezza, potrebbe essere utilizzato quale evento condizionante. Inoltre, per misurare la non essenzialità di una clausola è necessario sottoporla ad una prova di resistenza in base alla quale, eliminata una clausola, il negozio rimane in piedi. In relazione al profilo dell'incertezza, l'esecuzione della prestazione in modo spontaneo e tempestivo, da un punto di vista fenomenico, resta pur sempre un avvenimento di incerta realizzazione. Infine, quanto alla retroattività del fenomeno condizionale, la stessa non è da ostacolo alla rilevanza dell'inadempimento, essendo un fatto già verificatosi e, quindi, suscettibile di ristoro sul piano risarcitorio.

Ciò posto, la condizione di inadempimento si configura come una condizione a carattere potestativo e unilaterale,²⁷⁵ nel cui novero è inquadrabile il meccanismo marciano di conio legislativo.²⁷⁶

²⁷⁵ In tal senso A. DI MAJO, *Dominio e relazione nell'obbligazione*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 1 GIUGNO 2021, p. 193 s.s., il quale osserva che “*Ne è necessaria alcuna collaborazione del debitore, garantito solo dalla stima del bene venduto ad opera del perito (art. 568 c.c.), ed è esatto sostenere che, in tal caso, si è di fronte ad un modo di realizzazione dell'interesse creditorio in autotutela*”; M. COSTANZA, *La condizione unilaterale: una fattispecie variegata*, in A.A. V.V., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, 1, Milano, 1991, p. 254 s.s.

²⁷⁶ Cfr. N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1729, il quale osserva che “*la funzione di garanzia e' assolta dal meccanismo negoziale che prevede per l'appunto il trasferimento sotto condizione sospensiva: e' questo, insieme ovviamente alla trascrizione, che assicura al creditore gli effetti caratteristici della garanzia specifica, ossia destinare un bene alla soddisfazione del credito con diritto di seguito e di preferenza rispetto agli altri creditori*”; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119 del 2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 25 agosto 2016, p. 9 s.s.. Contra cfr. A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1483; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.u.b.*, in *I nuovi marciari*, Torino, 2020, p. 95, il quale osserva che “*se davvero fosse una condizione sospensiva di inadempimento [...], allora il suo avveramento dovrebbe coincidere con la scadenza dell'ultima rata non versata o del nono mese a partire dalla data convenuta per il rimborso, con un prodursi ipso iure della vicenda traslativa ovvero potestativamente, a volerla intendere come una condizione unilaterale latu sensu rinunciabile*”. Invero,

Ne è conferma anche il dato letterale che fa esplicito riferimento alla condizione sospensiva di inadempimento. In particolare, con riguardo al marcano nei contratti di finanziamento alle imprese, il comma quarto dell'art. 48 *bis* T.u.b. espressamente dispone che “*Qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria*”.

L'evento condizionale, componendosi di più atti e fatti dipendenti dal debitore, dal creditore e dai terzi estranei al rapporto obbligatorio, darebbe luogo ad una fattispecie a formazione progressiva,²⁷⁷ scomponibile in quattro elementi rappresentati dall'inadempimento qualificato, dalla dichiarazione del creditore di volersi avvalere del patto, dalla comunicazione del valore di stima e dal pagamento della differenza tra il prezzo di vendita e l'ammontare del debito residuo.

In particolare, la condizione sospensiva di inadempimento, verificatosi l'inadempimento qualificato, si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore di stima del bene in garanzia ovvero al momento dell'avvenuto versamento dell'eccedenza, qualora il valore di stima sia superiore all'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese ed i costi del trasferimento.

al riguardo è dato rilevare che, al verificarsi dell'inadempimento qualificato, rilevante ai fini dell'attivazione della clausola marciana, può sempre scegliere di adire il processo esecutivo ordinario, così rinunciando implicitamente al patto.

²⁷⁷ Cfr. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 55 s.s.

Ai fini pubblicitari connessi all'annotazione di cancellazione della condizione sospensiva ai sensi dell'art. 2668, comma terzo, c.c., il creditore, anche in via unilaterale, rende nell'atto notarile di avveramento della condizione una dichiarazione con cui attesta l'inadempimento del debitore a norma del comma quinto dell'art. 48 *bis* T.u.b., producendo altresì estratto autentico delle scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c. Nell'ipotesi, invece, di esatto adempimento e di conseguente estinzione dell'obbligazione garantita, il creditore provvede entro trenta giorni, mediante atto notarile, a dare pubblicità nei registri immobiliari del mancato definitivo avveramento della condizione sospensiva.

A questo punto, ai fini dell'avveramento della condizione sospensiva occorre tenere distinte le seguenti ipotesi: qualora il valore del bene, così come risultante dalla stima dell'esperto, sia inferiore all'ammontare del debito, la condizione sospensiva si intende avverata al momento in cui il creditore riceve la comunicazione da parte dell'esperto. Nel caso opposto, in cui il valore dell'immobile è superiore a quello del debito, l'avveramento della condizione si ha con il pagamento da parte del creditore della differenza tra il valore di stima e l'ammontare del debito e delle spese relative al trasferimento.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, occorre valutare se con il trasferimento di un diritto reale di valore inferiore al credito garantito il debitore debba continuare a ritenersi obbligato con riferimento alla porzione di credito non soddisfatta oppure se possa operare

l'esdebitazione, che, normalmente, si realizza nel marciano al consumatore.

Una parte della dottrina favorevole ad inquadrare il meccanismo marciano nell'alveo del modello condizionale, ma in funzione, però, di un utilizzo del meccanismo della condizione che, nel caso di specie, dovrebbe, prescindere dalla configurazione dell'evento incerto, costituito dall'inadempimento, come vera e propria condizione negoziale.

Secondo questa impostazione, la mera condizionalità dell'effetto giuridico non è il presupposto sufficiente a richiamare il concetto tecnico della condizione negoziale.

Affinché un evento possa definirsi propriamente condizione contrattuale, sarebbe necessaria la presenza di determinati caratteri distintivi e la corrispondenza *«ad un interesse integrativo e peculiare, reso rilevante e valorizzato nel contesto dello schema tipico (o normale) proprio dell'atto considerato»*²⁷⁸.

Dal punto di vista funzionale, infatti, la disciplina del contratto condizionato è orientata a tutelare le parti, quando è incerto l'interesse alla realizzazione di un dato programma contrattuale -in tutto o in parte-. La condizione in senso proprio, affinché resti tale, deve preservare l'identità del programma contrattuale cui accede, facendone soltanto dipendere l'attuazione dall'evento incerto.

²⁷⁸ F. ALCARO (cur.), *La condizione nel contratto tra 'atto' e 'attività'*, Padova, 2008, p. 196 s., p. 199. Richiama l'ipotesi della *condicio iuris*, D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, cit., 172 ss.

Pertanto, lo strumento della condizione contrattuale in senso proprio si rivela inadeguato nel rappresentare la struttura negoziale del patto marciano e non è in grado di assicurare la realizzazione della sua funzione nei termini più appropriati rispetto agli interessi delle parti.

In merito alla disciplina della fase di pendenza, le regole della condizione contrattuale di cui agli artt. 1353 ss. possono risultare utili solo con riferimento a quegli aspetti del rapporto contrattuale meno strettamente correlati alla funzione del patto marciano.

La logica di fondo che permea la disciplina del rapporto di garanzia non è certo incompatibile con quella che ispira le regole sugli «atti conservativi» dell'aspettativa nel contratto condizionato, di cui agli artt. 1356 e ss. c.c.. Prevede, tuttavia, strumenti diversi e più ampi della sola «conservazione» consentita dall'art. 1356 c.c. e rifiuta la logica della retroattività della condizione, così come, per evidenti motivi, quella della finzione di avveramento. La tutela conservativa, nel negozio sottoposto a condizione propriamente intesa, è più limitata rispetto a quella riferibile alle garanzie reali. Nel primo caso, infatti, i rimedi sono volti *«ad assicurare l'integrità materiale e giuridica dell'oggetto della prestazione e ad impedire la sopravvenienza di eventuali cause di impossibilità riconducibili all'oggetto»*.²⁷⁹

²⁷⁹ R. LENZI, *Della condizione nel contratto*, cit., 315 s., che elenca, tra i principali rimedi riconosciuti comunemente in dottrina e giurisprudenza, la cauzione, il sequestro conservativo della garanzia patrimoniale del credito o il sequestro giudiziario, le misure cautelari atipiche, come il sequestro della cosa al solo scopo di preservarne l'integrità, o comunque evitare abusi da parte del possessore, l'azione revocatoria; v. pure S. MAIORCA, voce *Condizione*, in *Dig. Disc. priv.*, 1988, § 24. Nelle garanzie reali, invece, al di là di ogni possibile diversa estensione ed intensità della tutela conservativa, questa è affiancata da rimedi – estranei, per evidente incompatibilità, al contratto condizionato e, invece,

Ne discende che la struttura formale del meccanismo marciano può essere definita condizionale soltanto in senso improprio, in quanto la condizionalità del trasferimento del bene oggetto della garanzia reale rappresenta il modo d'essere necessario perché si realizzi la stessa funzione negoziale, in alternativa al rimborso del finanziamento.

Non risponde, invece, all'esigenza, peculiare della condizione contrattuale propriamente intesa, di dare rilevanza ad interessi e finalità altrimenti estranei a un autoregolamento già espressivo, per sé stesso, di una funzione negoziale definita.

La *relatio* all'evento costituito dall'inadempimento del debito, che il meccanismo condizionale è in grado di neutralizzare nelle sue conseguenze dannose per il creditore, conforma la stessa struttura e funzione negoziale marciana, perché costituisce l'ineliminabile modalità di autosoddisfazione del credito.

Non è, invece, una clausola eventuale di un negozio che esprime con compiutezza la sua funzione, anche a prescindere dalla volontà ipotetica delle parti di realizzarlo *in toto* o in qualche sua parte. Nel caso del negozio cui sia apposta la clausola marciana non è, infatti, oggetto di incertezza l'interesse alla realizzazione del programma contrattuale,

applicabili per analogia o semplice estensione alle alienazioni in garanzia ex art. 48- bis – attinenti specificamente alla conformazione e al mantenimento della funzione di garanzia, come ad es. quelli che prevedono a favore del debitore la proporzionalità della garanzia o quelli che consentono al creditore di ottenere la reintegrazione della garanzia per perimento o deterioramento, anche per caso fortuito, del bene ipotecato (art. 2743 c.c.); o di agire contro il pericolo di perimento o deterioramento della garanzia ex art. 2813 c.c.; o di richiedere sostituzioni e modificazioni del bene costituito in la garanzia (art. 2742 c.c. e, in generale, le norme che prevedono il trasferimento della garanzia su altri beni, come gli artt. 1017, 2815, 2816 e 2825 c.c.).

perché la *relatio* all'evento incerto caratterizza strumentalmente e imprescindibilmente lo stesso contenuto del regolamento contrattuale, proprio allo scopo di attuare la funzione identitaria.

Il meccanismo di tipo condizionale, di cui si avvale il patto marciano, non stabilisce una relazione di dipendenza fra un interesse contrattuale e interessi da esso distinti, ma è lo strumento che rende possibile, attraverso la necessaria previsione dell'evento incerto costituito dall'inadempimento, una determinata finalità negoziale. L'avveramento o il mancato avveramento della cosiddetta condizione di inadempimento, nelle alienazioni marciane a condizione sospensiva, sono eventi idonei a spiegare l'efficacia o la perdita di efficacia del negozio non già sotto l'aspetto del realizzarsi o del mancato realizzarsi degli effetti del negozio, ma piuttosto nei termini dell'attuazione o nella non attuazione della clausola.

Da questo punto di vista, le situazioni giuridiche utili a tradurre sul piano normativo il regolamento tipico di questa funzione negoziale sono costituite dall'aspettativa di diritto del creditore garantito e dalla correlativa posizione di soggezione del debitore o del garante riguardo alla vicenda traslativa subordinata all'inadempimento o all'inadempimento e, insieme, all'esercizio di un diritto potestativo da parte del creditore insoddisfatto, quando sia prevista la facoltà di scelta in ordine alla produzione del trasferimento del diritto oggetto della garanzia.

La programmata vicenda traslativa condizionale, propria della stipulazione commissoria, costituendo una situazione di aspettativa e di

soggezione riguardo al trasferimento eventuale nelle alienazioni a condizione sospensiva o riguardo alla caducazione del trasferimento nelle alienazioni a condizione risolutiva, realizza per ciò stesso, sul diritto che ne è oggetto, un vincolo di destinazione che può ritenersi praticamente analogo al vincolo che si costituisce attraverso una garanzia reale, di una “*riserva di utilità ad rem*”, asservita alla realizzazione dell’interesse del creditore per il caso in cui il debito garantito non venga adempiuto.

Nelle garanzie reali, l’utilità risulta vincolata al soddisfacimento del creditore e si avvale del diritto di sequela, strumentale all’attuazione dell’efficacia *erga omnes* della garanzia, e della funzione “integrativa” del diritto di prelazione, utile alla soddisfazione preferenziale del credito. Nelle alienazioni marciante, invece, secondo i vari schemi normativi, il vincolo sull’utilità si realizza in conformità alle predisposte modalità di autotutela, attraverso, appunto, la costituzione di un’aspettativa sulla vicenda traslativa del diritto offerto in garanzia, vicenda che, nel caso di inadempimento dell’obbligazione garantita, assume efficacia.

L’effetto che genera il regime di indisponibilità relativa del bene e insieme il vincolo all’azione espropriativa in autotutela del creditore, non sembra però attribuibile ad un negozio di alienazione in garanzia, ma consegue, nella forma della “destinazione” tutelata dall’aspettativa, esattamente alla stessa predisposizione di un trasferimento condizionale in funzione satisfattiva del credito, per l’eventualità che questo non venga spontaneamente adempiuto.

La funzione regolatrice degli effetti propria del negozio condizionale sarebbe impiegata, nella fattispecie, allo scopo di realizzare, in una forma peraltro che normalmente è più “*intensa*” rispetto a quella delle garanzie reali,²⁸⁰ la finalità satisfattiva del credito.

3. La funzione del patto marciano tra *causa cavendi* e *causa solvendi*

I profili di rilevanza giuridica del negozio condizionale costituiscono uno dei due argomenti da cui è possibile inferire la funzione solutoria del meccanismo.

Più in generale, il *modus operandi* del meccanismo condizionale è scandito dai due momenti di efficacia nei quali si concentra la risposta dell'ordinamento giuridico: quello cioè della conclusione del contratto e quello del verificarsi dell'evento condizionale.

Al di là delle varie teorie attraverso le quali si è inteso spiegare il fenomeno condizionale, si può dire che alla conclusione del contratto consegue una situazione giuridica strumentale all'esigenza che gli effetti finali si possano produrre. Al verificarsi o non verificarsi dell'evento condizionale, consegue la caducazione della situazione giuridica strumentale e il dispiegarsi degli effetti finali in conformità alle previsioni del regolamento negoziale.

²⁸⁰ Dalla “*intensità*” della garanzia e dalle «cause» delle attribuzioni patrimoniali e dal numero chiuso dei diritti reali, deduceva l'inammissibilità di ogni forma di alienazione in garanzia S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia* (in Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, 298 ss., ora) in *Scritti giuridici*, vol. III, 1947-1957, Milano, 2011, p. 455 ss., p. 478 ss., p. 514 s.

Analogamente, nell'alienazione marciana, la prima risposta dell'ordinamento è nella costituzione della situazione giuridica strumentale, esprimendosi nel vincolo imposto a un bene attraverso la costituzione, riguardo al trasferimento eventuale, di un'aspettativa del creditore e di una soggezione del debitore, situazioni giuridiche utili a mantenere in vita la possibilità normativa degli effetti finali eventuali.

Sorge, cioè, una tutela di tipo conservativo riguardo agli interessi finali che le parti intendono realizzare. Verificatasi la condizione di inadempimento, ha modo di realizzarsi la tutela attuativa di questi interessi.

Dall'utilizzo del modello condizionale, discende che, nel patto marciano accessorio al pegno e all'ipoteca, contrariamente a quanto ritenuto da alcune dottrine, la funzione di garanzia non è inesistente ma non connota l'operazione, restando confinata ad un momento precedente alla stipulazione della clausola marciana, al momento cioè della costituzione della garanzia.

Né potrebbe essere ascritta alla clausola marciana una funzione di garanzia, desumendola *tout court*, come fa una parte della dottrina,²⁸¹ con l'opponibilità del patto ai terzi.²⁸²

²⁸¹ C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit.

²⁸² Cfr. N. CIPRIANI, *Tra discipline di settore e sistema*, Napoli, 2017, in cui testualmente: “*un meccanismo come quello del patto commissorio o del patto marciano può addirittura operare anche in mancanza della garanzia: basti pensare alla pattuizione con la quale si prevede che, in caso di inadempimento, un determinato bene del debitore o di un terzo, non vincolato da ipoteca o da altra garanzia, venga trasferito in pagamento al creditore. Il creditore non avrà garanzia (id est, non avrà diritto di seguito in ipotesi di atto di disposizione, e non avrà diritto di preferenza in caso di aggressione da parte di altri creditori) ma, se non intervengono atti di disposizione o pignoramenti, può veder operare*

Posto che l'opponibilità del patto può anche essere carente, occorre considerare che la situazione effettuale generata dal meccanismo marciano è propria dell'alienazione condizionata in quanto tale e non della sua opponibilità, che è un requisito normalmente fondato su fatti ulteriori ed eventuali e non è un effetto del negozio in quanto tale.

Inoltre, sul piano giuridico, il difetto di opponibilità è un problema che attiene alla soluzione dei conflitti fra situazioni giuridiche incompatibili.

La fase solutoria, nella materialità del suo avverarsi, rappresenta la finalità essenziale dell'alienazione commissoria, considerato che essa costituisce la modalità di esecuzione, in autotutela, delle ragioni del credito, ponendosi come vicenda alternativa all'attuazione rituale della responsabilità patrimoniale e con questa condividendo, perciò, la finalità *lato sensu* soddisfattiva.

Risulta, dunque, più proficua una indagine graduata dei profili di rilevanza e di efficacia del diritto in questione che, per vero, può servire non solo a rivisitarne l'utile funzione di garanzia, ma anche a diradare le nebbie che spesso offuscano l'interpretazione di fattispecie concrete nelle quali andrebbe fatta salva la dovuta distinzione tra funzione di garanzia,

*il patto». È forse l'impostazione di fondo sulla struttura formale attribuita alla garanzia reale, più evidente nell'ultimo intervento, che spiega il perché si identifichi la garanzia con la garanzia opponibile. Vale a dire, quella impostazione che conduce al concetto di garanzia reale risolto negli esclusivi termini del diritto di seguito e della "prelazione", invece che nella costituzione di una situazione giuridica sostanziale, quale ad esempio la «marcatatura» di determinati beni del debitore in funzione della costituzione di una riserva di utilità ad rem a favore del creditore". Cfr. anche E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in F. Mastropaolo (a cura di), *I contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli, Torino, 2007.*

funzione solutoria e opponibilità di entrambe,²⁸³ e così salvare la separata validità dei singoli segmenti negoziali riscontrabili in alcune complesse operazioni di finanziamento, soprattutto di tipo bancario.

3.1. La clausola marciana quale meccanismo solutorio *(segue)*

Invero, la *quaestio iuris* si iscrive all'interno del dibattito, che si è sviluppato in dottrina, in ordine al se la convenzione commissoria -e, per riflesso, quella marciana-, sia qualificabile quale alienazione in funzione di garanzia o quale meccanismo con funzione solutoria.

Al riguardo, un'esatta qualificazione della funzione da ascrivere alla clausola marciana non può prescindere da una doverosa digressione in ordine alla natura della funzione di garanzia e di quella solutoria.

La funzione di garanzia va individuata nella presenza di strumenti, legali o convenzionali, che possano rafforzare l'aspettativa di adempimento del creditore attraverso strumenti ulteriori rispetto a quelli previsti, normalmente, dalla legge.²⁸⁴

Tali strumenti possono consistere nell'estensione ad un altro soggetto della responsabilità patrimoniale e della garanzia generica collegate all'obbligazione oppure nella destinazione esclusiva, realizzata

²⁸³ Cfr. G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 14 s., il quale sottolinea che è proprio l'automatismo dell'operare degli strumenti solutori ad imprimere agli schemi negoziali una connotazione peculiare ed a porli in una zona di confine tra la *solutio* e la garanzia.

²⁸⁴ Cfr. E. MASTROPAOLO, *Autonomia contrattuale e patto di non alienazione di specifici beni a fini di garanzia nel contratto di mutuo*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 74 s.s.; D. MESSINETTI, *La struttura formale delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 783 s.s.

attraverso qualsiasi struttura, di beni determinati o determinabili al soddisfacimento di crediti determinati o determinabili.²⁸⁵

Diversamente, la funzione solutoria è da intendersi quale *“soddisfazione dell’interesse finale sottostante il lato attivo del rapporto obbligatorio, indipendentemente dalla compresenza nel fatto solutorio di un atto di adempimento dell’obbligo”*.²⁸⁶

Ed è per questo che un’attenta dottrina²⁸⁷ propende per separare concettualmente i due momenti, cioè quello afferente all’operatività degli strumenti di garanzia e quello afferente al meccanismo solutorio, che opererebbe accanto al primo, ma in un momento successivo e meramente eventuale.

Inoltre, gli strumenti di garanzia creano un rapporto accessorio a quello obbligatorio, ma non estinguono l’obbligazione, né comportano il venir meno della responsabilità patrimoniale di cui all’art. 2740 c.c. Viceversa, gli strumenti solutori, quando operano, hanno sempre l’effetto di estinguere, anche parzialmente, l’obbligazione e, conseguentemente,

²⁸⁵ Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 109.

²⁸⁶ Cfr. L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 178.

²⁸⁷ Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 109 s.s. e in particolare p. 114, il quale evidenzia come la funzione di garanzia mantenga *“una propria individualità e completezza causale anche a prescindere dal dispositivo solutorio ad essa collegato (tanto dalla legge quanto dalle parti), che risulta pertanto eventuale e, nei limiti della legalità, fungibile, perché in definitiva si può utilizzare indifferentemente l’uno o l’altro degli strumenti solutori a disposizione dei privati”*; F. CARIMINI, *Il lease back*, in *Leasing e lease back*, a cura di M. IMBRENDA e F. CARIMINI, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, IV, Napoli, 2008, p. 372; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 102; G. GORLA, P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. c.c. a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Libro IV, *Della tutela dei diritti*, Artt. 2784-2899, Bologna-Roma, 1992, p. 17 s.s.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1950, p. 112.

fanno venir meno la responsabilità patrimoniale del debitore. Tuttavia, mentre nelle garanzie reali è comunque implicita una funzione di soddisfacimento -infatti la funzione di garanzia ha bisogno di uno strumento solutorio per realizzare il suo *scopo ultimo*,²⁸⁸ che è quello della soddisfazione dell'interesse del creditore-, possono tuttavia ipotizzarsi fattispecie nelle quali la funzione solutoria prescinde da quella di garanzia.²⁸⁹

L'opportunità di separare concettualmente i due momenti della garanzia e del pagamento si coglie nettamente laddove si rilevi che tra gli strumenti solutori ve ne sono alcuni²⁹⁰ utilizzabili anche in mancanza di situazioni, aventi fonte legale o convenzionale, con funzione di garanzia.

²⁸⁸ Lo scopo ultimo è un profilo differente rispetto alla funzione di garanzia. La funzione di un fatto o di un rapporto è la "*sintesi dei suoi effetti essenziali*", in cui si ricomprendono gli effetti caratterizzanti, in presenza dei quali si può sempre individuare una fattispecie e in assenza dei quali, al contrario, non la si può individuare. Lo scopo ultimo di un fatto può ben andare al di là dei suoi effetti essenziali allorquando la funzione del fatto medesimo sia strumentale alla realizzazione della funzione ulteriore. Che è quanto accade nel caso della garanzia, la quale ha funzione di rafforzamento dell'aspettativa di soddisfazione del credito, ma non arriva a svolgere una funzione di effettivo soddisfacimento. Cfr. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 63 s.s.; P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1971, p. 26 s.s.

²⁸⁹ Una parte della dottrina ha, invece, individuato un rapporto di continenza tra meccanismi solutori e strumenti di garanzia. Cfr. A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 67 s.s. Contra, N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 111, il quale puntualmente rileva che "*per quanto sia innegabile che la disciplina delle garanzie reali tipiche prevede dei meccanismi solutori da affiancare a quelli con funzione più strettamente conservativa, non pare che questo rilievo debba poi necessariamente condurre alla conclusione che i meccanismi solutori sono elementi essenziali della funzione di garanzia e ne costituiscono pertanto parte integrante; sembra invece che da ciò si debba cogliere semplicemente una conferma della stretta connessione e dell'interdipendenza esistente tra le funzioni di garanzia e solutoria*".

²⁹⁰ Ad esempio la *cessio bonorum* o la *datio in solutum*. Sul punto cfr. fr. M. SPINELLI e L. BARBIERA, *I negozi di destinazione alla liquidazione*, Napoli, 1999, p. 119 s.s.

Sulla scorta delle suesposte considerazioni, occorre convenire con quanti hanno ritenuto che il patto commissorio e quello marciano altro non sono che la possibile clausola -con funzione solutoria- di un negozio, distinto e causalmente autonomo, con funzione di garanzia.²⁹¹

La principale obiezione mossa a questa qualificazione ha tratto argomento dalla circostanza secondo la quale la convenzione commissoria non potrebbe configurarsi se non come alienazione in funzione di garanzia perché, diversamente, ci si troverebbe nell'impossibilità di attribuire una configurazione causale unitaria al patto commissorio se apposto a una garanzia reale tipica o, comunque, non basata su una vicenda traslativa, o a un'alienazione a scopo di garanzia. Nel primo caso, infatti, all'eventuale inadempimento farebbero seguito due effetti differenti: un effetto traslativo, con il trasferimento del bene, e un effetto solutorio, con estinzione dell'obbligazione. Nella seconda ipotesi, invece, si determinerebbe solo una vicenda solutoria, cosicché il patto commissorio apposto ad un'alienazione in funzione di garanzia finirebbe con il diventare "*clausola di quella alienazione che caratterizza proprio la figura del patto commissorio*".²⁹²

²⁹¹ Cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 303 s.s., il quale ha posto in evidenza la necessità di superare l'equivoco nel quale dottrina e giurisprudenza sono spesso cadute, cioè quello di identificare l'alienazione a scopo di garanzia con il patto commissorio autonomo, che è sempre possibile tenere distinte le due convenzioni. L'alienazione in funzione di garanzia può, infatti, essere realizzata senza doverla necessariamente collegare con il meccanismo solutorio del patto commissorio e, anzi, per aversi patto commissorio è necessaria un'opzione espressa in tal senso, perché diversamente la fattispecie non potrebbe che considerarsi regolata dai principi generali e si avrebbe allora, ex lege, un meccanismo solutorio analogo a quello del patto marciano.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 98 s.s.

²⁹² Cfr. C. M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 139.

Il superamento di questa argomentazione impone una riflessione in ordine all'incidenza della funzione di garanzia e di quella solutoria sulla vicenda traslativa.

L'autonomia della funzione di garanzia e la sua idoneità a sorreggere l'effetto traslativo è comprovata dalla circostanza che tale funzione attribuisce al creditore la titolarità temporanea di una situazione reale. La presenza di una titolarità temporanea del creditore e di una potenziale del debitore comporta l'esistenza in capo al primo di una serie di obblighi di comportamento volti alla preservazione dell'interesse finale del secondo.

Nell'alienazione solutoria, invece, la titolarità dell'alienatario è piena e non sottoposta a limitazioni o a vincoli. La *causa solvendi*, infatti, non comporta la permanenza in capo all'alienante di alcuna titolarità potenziale che faccia sorgere obblighi a carico dell'acquirente o ne limiti i poteri dispositivi.

Ed, invero, la clausola marciana apposta ad una garanzia reale²⁹³ realizza un'alienazione solutoria,²⁹⁴ in forza della quale il bene viene

²⁹³ Sul rapporto tra struttura e funzione delle garanzie reali cfr. D. MESSINETTI, *Le strutture formali delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 783 s.s.

²⁹⁴ Convergono in ordine alla natura solutoria del meccanismo marciano N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 98 s.s.; ID, *La funzione solutoria del patto marciano*, in *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, *Giur. it.*, luglio 2017, p. 1729 ; F. CARIMINI, *Il lease back*, in *Leasing e lease back*, a cura di M. IMBRENDA e F. CARIMINI, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, IV, Napoli, 2008, p. 371 s.s.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 303 s.s., U. LA PORTA, *il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 146 s.s.; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1403; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.u.b.*, in *I nuovi marciari*, A.A.V.V., Torino, 2017, p. 51 s.s. Per la giurisprudenza cfr. *ex multis* Cass. civ. 20 febbraio 2023, n. 4262, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 567 s.s.

trasferito al creditore in via definitiva, senza che in capo al debitore possa più individuarsi una titolarità potenziale, che limiti i poteri di disposizione del creditore alienatario sulla *res*. Inoltre, al trasferimento del bene in garanzia, corrisponde, dal lato passivo, il prodursi di un effetto liberatorio ed esdebitativo in favore del debitore, con estinzione del vincolo obbligatorio, indipendentemente dalla soddisfazione totale o parziale del creditore precedente.

3.2 Clausola marciana e prestazione in luogo di adempimento (*segue*)

L'attrazione dell'effetto traslativo nel segmento dell'adempimento e dell'attuazione del rapporto obbligatorio, ha indotto una parte della dottrina a qualificare il patto marciano di cui all'art. 48 *bis* e 120 *quinqüesdecies* T.u.b.,²⁹⁵ entro lo schema della prestazione in luogo di adempimento.²⁹⁶

In particolare, questa impostazione si è interrogata in ordine al se l'effetto traslativo della proprietà incidesse sul piano primario della prestazione, quale prestazione alternativa a quella di restituzione della somma oggetto del finanziamento, nel senso di consentire una costruzione del patto marciano in termini di struttura oggettivamente complessa.

²⁹⁵ Cfr. A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016, p. 355 s.s.

²⁹⁶ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.u.b.*, in *I nuovi marciali*, A.A.V.V., Torino, 2017, p. 54 s.s., il quale qualifica il patto marciano quale "*datio in solutum* preventiva" o "anticipata".

Secondo questa impostazione ben potrebbero le parti di un contratto porre in alternativa due obbligazioni, di cui una consistente nel trasferimento della proprietà di una cosa e l'altra nella restituzione di una somma di denaro.

Tuttavia, questa ricostruzione della fattispecie ai sensi dell'art. 1197 c.c. è stata messa in discussione²⁹⁷ da quanti hanno sottolineato che lo schema del marciano di conio legislativo pone un nesso di subordinazione tra l'effetto traslativo e l'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria, lì dove l'obbligazione alternativa postula una pari ordinazione delle prestazioni, valutate, fin dall'inizio, equivalenti dalle parti.

Il nesso di subordinazione che lega l'inadempimento dell'obbligo di restituzione ed effetto traslativo lascia chiaramente intendere che le parti abbiano inteso obbligarsi reciprocamente solo a dare e prendere in

²⁹⁷ Cfr. A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale (artt. 1177-1200)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 343 s.; V. CONFORTINI, *Primato del credito. Responsabilità patrimoniale ed espropriazione privata nell'economia del debito*, Napoli, 2020 p. 231; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marcciani*, A.A.V.V., Torino, 2017, p. 23 s.s.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1482 s.; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, in *I nuovi marcciani*, A.A.V.V., Torino, 2017, p. 197 s.s.

prestito,²⁹⁸ provvedendo a disciplinare gli effetti della mancata esecuzione dell'unica prestazione dovuta attraverso l'effetto traslativo. Il creditore, infatti, non può scegliere di vedersi trasferita la proprietà della *res* in alternativa al pagamento e deve attendere l'inadempimento qualificato per poter avviare il procedimento che dà luogo all'effetto traslativo.

Invero, l'obbligazione con facoltà alternativa contempla un *aliud* che è *pur sempre adempimento dell'obbligazione originaria*,²⁹⁹ mentre il trasferimento del bene in garanzia, pur previsto *ab initio* nella clausola

²⁹⁸ Contra v. S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Dir. fall.*, 2016, p. 1084 s., il quale, propendendo per la tesi della funzione di garanzia insita nel patto marciano, ravvisa in questo elemento eziologico l'ostacolo principale alla qualificazione del patto marciano in termini di surrogato dell'adempimento, prima ancora della subordinazione dell'effetto traslativo all'inadempimento della prestazione primaria -i.e. la restituzione dell'importo finanziato-. Secondo l'a. l'obbligo di restituzione della differenza tra il valore del bene e debito residuo è coerente con la causa di garanzia e quella di autotutela esecutiva, che non tollerano se non la perfetta coincidenza tra fra utilità dovuta, utilità vincolata a garanzia e utilità concretamente appresa dal creditore, mentre non pare trovare analogia spiegazione se si configurasse una prestazione in luogo dell'adempimento, normalmente indifferente alla prestazione eseguita in via alternativa. Ancora, merita di essere richiamata la posizione di A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1404 s.s., per il quale il tratto differenziale tra prestazione in luogo dell'adempimento e clausola marciana risiederebbe non solo nella diversa relazione di ordine cronologico rispetto all'inadempimento, quanto, a monte, nella diversa causa che caratterizza i due contratti. Scindendo la causa solutoria dal fine di autosoddisfacimento, ritiene che la *datio in solutum* costituisca un surrogato dell'adempimento, mentre il patto marciano costituisca un surrogato dell'esecuzione forzata sui beni del debitore, espressamente osservando che "*La datio in solutum, stante la sua funzione solutoria, può essere stipulata non solo dopo, ma anche prima che si verifichi l'inadempimento, poiché niente osta a che le parti possano concordare di soddisfare il creditore con un surrogato (dell'adempimento) sia prima che dopo l'inadempimento. [...] Il patto commissorio deve essere necessariamente anteriore all'inadempimento, poiché il legislatore, configurando nell'art. 2744 c.c. [...] la convenzione commissoria nei termini di un'alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, assegna a tale contratto una causa autosatisfattiva che colloca l'istituto nell'area dell'autotutela esecutiva [...]*".

²⁹⁹ A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale (artt. 1177-1200)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 343 s.

marciana, non vale da adempimento, ma da prestazione che, solo per effetto dell'attività del creditore, *si pone in luogo di esso*.³⁰⁰

D'altra parte, la scelta del debitore di lasciar aggredire il proprio patrimonio si risolve, sul piano fattuale, nel subire le conseguenze dell'inadempimento e, cioè, l'espropriazione privata.

In questa prospettiva di analisi, lo scenario dell'effetto traslativo si apre se e perché l'obbligazione è rimasta inadempita. Esso non attua l'obbligazione, ma ne presuppone l'inattuazione, così da porsi quale disciplina degli effetti dell'inadempimento, in termini di *strumento di autotutela esecutiva saldamente inserita nell'area della responsabilità patrimoniale*.³⁰¹

³⁰⁰ A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale (artt. 1177-1200)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 343 s.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. A. Cicu-F. Messineo*, Milano 1974, I, p. 209.

³⁰¹ Cfr. F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori*, in *I nuovi marciani*, A.A.V.V., Torino, 2017, p. 198 s.

Capitolo IV

Profili di comparazione

Premessa

La cesura, che sovente viene tracciata nella tradizione giuridica occidentale, tra sistemi improntati su una prospettiva rimediale -c.d. ordinamenti di *Common law*- e sistemi che ruotano intorno alla categoria del diritto soggettivo -c.d. ordinamenti di *Civil law*-,³⁰² impone di volgere lo sguardo verso i profili di comparazione, e, in particolare, verso gli istituti che consentono un parallelismo con gli ordinamenti della tradizione giuridica di *Common law*, da sempre protagonisti di un processo di esportazione di istituti e prassi, sia per la preminente posizione negli equilibri geopolitici del passato -come nel caso del *Commonwealth* britannico- e del presente -la centralità economica degli Stati Uniti d'America-, che per la tendenza a sviluppare strumenti duttili, dalla spiccata attitudine pragmatica, in un'accezione puramente rimediale.³⁰³

³⁰² Cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Legittimità e proporzionalità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 229 s.s.; V. BARSOTTI, V. VARANO, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2021; C. A. CANNATA e A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, 4 ed., Torino, 1989, p. 33 s.s.; F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, I, Milano, 1984, p. 27 s.s.

³⁰³ Negli ordinamenti che hanno conosciuto il fenomeno della codificazione, si è affermato un metodo di tutela dei diritti incentrato su una previa e necessaria ascrizione della posizione del singolo entro la categoria del diritto soggettivo e sulla successiva individuazione dello strumento volto a proteggere tale diritto, per cui *ubi ius ibi remedium*. Viceversa, i sistemi che non hanno conosciuto la codificazione, come quello anglosassone, sono rimasti ancorati ad un metodo di tutela che pone in posizione di preminenza non la categoria astratta del diritto soggettivo, ma il rimedio. Per cui *ubi remedium ibi ius*. Nel nostro ordinamento giuridico tracce di questi connotati sistematici si rinvencono nell'art. 2697 c.c., ai sensi del quale “*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*”.

Parte I. Le alienazioni in garanzia nei sistemi di *Civil Law*

1. *L'ordinamento francese*

Il *Code civil*, prima della riforma del 2006, prevedeva il divieto del patto commissorio agli artt. 2078, per i beni oggetto di pegno, e all'art. 2088, in tema di anticresi.

Inoltre, l'art. 742 del *Code de procedure civil* afferma la nullità di ogni clausola pattizia che miri a derogare alle formalità prescritte per le procedure esecutive immobiliari. L'ordinamento francese, peraltro, prevede una serie cospicua di norme volte a disciplinare e tutelare i trasferimenti a scopo di garanzia, come il *leasing* finanziario o *credit-bail*, che è previsto da una serie di norme applicabili anche al contratto di *lease back* finanziario, e la *cession-bail*³⁰⁴.

Per quanto riguarda, poi, i trasferimenti aventi ad oggetto crediti, viene in rilievo la *loi Dailly* del 2 gennaio 1981, emanata per facilitare la costituzione pegno o la cessione in garanzia dei crediti a favore degli istituti di credito, che abbiano finanziato un esercente commerciale o una persona giuridica.

Tuttavia, riguardo a tali strumenti, una parte della dottrina francese³⁰⁵ ha sollevato perplessità circa la loro contrarietà con il divieto di patto commissorio. La giurisprudenza, in una prima fase, riteneva validi

³⁰⁴ La giurisprudenza francese non si è occupata della questione relativa alla compatibilità di tali istituti con il divieto del patto commissorio. Al contrario, la dottrina è orientata, prevalentemente, per la liceità di tali strumenti. Cfr. C. WITS, *Le fiducie en droit privé français*, Parigi, 1981, p. 149 ss.

³⁰⁵ G. MARTY, *Droit civil. Lessuretes - La publicité foncière*, Parigi, 1987.

tali strumenti, in quanto compatibili con il divieto di cui all'art. 2078 del *Code civil*. Successivamente, le pronunce sulla validità delle suindicate cessioni sono state più oculate e tese a valutare casisticamente le fattispecie.

Nonostante ciò, già a partire dagli anni Sessanta, la legislazione francese ha permesso l'inserimento nel proprio ordinamento di una serie di forme di proprietà-garanzia, come il suindicato *credits-bail*, anche grazie all'avallo di una giurisprudenza favorevole alla cessione dei crediti in garanzia e alla costituzione in pegno di denaro con immediato passaggio di proprietà al creditore.

La crisi del divieto ha condotto, infine, alla riforma delle *suretés* del 2006, che, con l'*ordonnance* del 23 marzo 2006 n. 346, ha abrogato la comminatoria di nullità del patto commissorio, con la positivizzazione di alcune figure negoziali, ritenute valide dal legislatore francese.

1.2 La positivizzazione della clausola marciana

Secondo la nuova disciplina, in materia di pegno “*può essere convenuto, al momento della costituzione del pegno o successivamente, che in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita il creditore divenga proprietario del bene oppignorato*”, ma il credito deve essere soddisfatto conteggiando il valore del bene accertato al momento del trasferimento al creditore. La valutazione di stima deve essere effettuata da periti designati dalle parti o nominati dal giudice, salvo che si tratti di beni quotati sui mercati regolamentati. In caso di eccedenza, questa deve essere versata al

debitore o agli altri eventuali creditori pignorati. In altre parole, è stato codificato il patto marciano.

Anche l'ipoteca subisce una rivisitazione in chiave marciana. All'art. 2459 del *code* si legge che *“può essere convenuto nel contratto di ipoteca che il creditore diventerà proprietario dell'immobile ipotecato. Tuttavia, tale previsione è senza effetto se l'immobile costituisce la residenza principale del debitore”* e all'art. 2460 è stabilito che *“l'immobile deve essere stimato da un esperto designato per accordo dalle parti o dal giudice. Se il suo valore eccede l'ammontare della garanzia, il creditore deve al debitore una somma pari alla differenza; se esistono altri creditori ipotecari, questa deve essere a loro consegnata”*.

Nell'impostazione del legislatore francese, dunque, è riscontrabile la marcata tendenza alla rivalutazione dell'esercizio di poteri di autonomia privata in materia di inadempimento contrattuale.

Il patto commissorio, nei suoi parametri originari, concretamente, non trova cittadinanza nell'ordinamento francese e lascia spazio a meccanismi di garanzia-solutori appartenenti al prototipo marciano.

In tal modo, la conseguenza di questa scelta, si sostanzia nella implicita propensione alla “privatizzazione” di fenomeni afferenti all'area giuridica della responsabilità patrimoniale che le tradizionali, o comunque precedenti, valutazioni di tecnica legislativa e politica di diritto avevano declinato in senso procedural-pubblicistico.

Consapevoli di questo transito dogmatico, non possono sottovalutarsi le perplessità degli autorevoli autori che ritengono, pur se tradotte con cautele marciiane, non del tutto sufficienti le tutele del debitore attualmente previste, in base alle quali, le esigenze sistematiche di unitarietà dei modelli proprietari e quelle di difesa dei diritti del debitore, pur non essendo messe da parte, sono sottoposte ad una rielaborazione a stretto vantaggio delle esigenze di celerità della soddisfazione delle pretese creditorie e della centralità dell'autonomia privata.

Nelle valutazioni della dottrina il nuovo corpo normativo è l'esito di un percorso teso ad assorbire le più attuali tendenze della prassi economico-giuridica. Quest'ultima, infatti, precedentemente all'emanazione delle norme novative, affrontava con sempre più frequenza una disciplina codicistica che, nonostante i periodici emendamenti, presentava segni non trascurabili di inadeguatezza. La stessa sistemazione delle disposizioni del *Code* cominciava, in modo rilevante, a risentire delle partizioni classiche, con alcuni settori chiave che venivano percepiti dagli operatori come bisognosi di aggiornamenti anche profondi soprattutto per quel che riguardava i problemi di armonizzazione con le fonti comunitarie e con lo stratificarsi di una giurisprudenza dai tratti innovativi.

1.3 La *fiducie*

Tra i nuovi risultati della legislazione francese in tema di garanzie e patto marciano merita di essere citato il nuovo istituto della *fiducie*,

dalla cui disciplina risultano confermate le nuove inclinazioni francesi ed europee ricostruttive del settore delle garanzie reali, tra cui, in particolare, la trasferibilità del diritto di proprietà del bene a scopo di garanzia e il carattere della separazione patrimoniale.

L'art. 2011 del Codice civile francese recita: *“La fiducia è l'operazione tramite la quale uno o più costituenti trasferiscono dei beni, dei diritti o delle garanzie, o un insieme di beni, diritti o di garanzie, presenti o futuri, ad uno o più fiduciari, i quali, tenendoli separati dal loro patrimonio, agiscono per un fine determinato a vantaggio di uno o più beneficiari”*.

L'istituto ripropone alcuni aspetti centrali del *trust* anglosassone, soprattutto per quel che riguarda la sua struttura, ma si distingue poiché, in quest'ultima fattispecie, vengono a coesistere una pluralità di situazioni giuridiche proprietarie.³⁰⁶ Con la *fiducie* si riscontra un

³⁰⁶ Cfr. D. PAPPADÀ, *L'emulazione del trust in Francia*, in *Comparazione e diritto civile*, Napoli, 2017, p. 11: “Se, dunque, è uno solo il carattere che accomuna la proprietà fiduciaria a quella ordinaria [l'esclusività, rispetto a “ricchezza e poteri”, seguendo lo schema di V. M. Grimaldi] si giustifica – secondo questa dottrina – la prudenza del legislatore che non ha voluto definire la fiducie come un contratto traslativo della proprietà ed ha preferito parlare di trasferimento di beni, diritti e garanzie visto che si tratta di un contratto di garanzia o di servizi piuttosto che di scambio di beni. Si sarebbe potuto parlare di “*propriété juridique*” (che conferisce poteri) del fiduciario e di “*propriété économique*” (che conferisce ricchezza) del beneficiario ma i tempi non erano ancora maturi (V. Testualmente M. Grimaldi, *La propriété-fiduciaire*, cit, p.8: «*Mais les esprits n'étaient pas mûrs pour accueillir un tel éclatement de la propriété*»). Dall'altra parte, vi è chi sostiene che quella fiduciaria è una proprietà finalizzata ma non per questo smembrata. Il legislatore pare aver voluto riconoscere diritti reali al beneficiario della fiducie che è tutelato dalla presenza di un patrimonio separato. Lo smembramento implicherebbe il riconoscimento di due forme di proprietà differenti su un medesimo bene e ciò sarebbe un ritorno alle proprietà simultanee dell'Ancien Régime abbandonate dal code civil”; G. BRIANDA, *Il pegno nel sistema delle garanzie: un'analisi di diritto interno e comparato*, Università degli Studi di Sassari, 2015, p. 202: “La differenza sostanziale rispetto al trust, tuttavia, è che, mentre in virtù di esso coesistono diritti diversi sul medesimo bene (*legal ownership* del trustee ed *equitable ownership* del settlor) nella fiducie vi è

trinomio personale all'interno del quale avviene la circolazione della titolarità dell'unica proprietà, finalizzata al raggiungimento di vantaggi per il soggetto beneficiario. E' questo il caso della *fiducie* a scopo gestorio, che ricorda la romanistica figura della *fiducia cum amico*.

La norma, però, parla anche dell'applicazione dell'istituto nel campo della sicurezza del credito, i cui dettagli su caratteristiche e funzionamento sono precisati dall'*ordonnance* 2009-112 del 30 gennaio 2009. In questo caso, l'alienazione della proprietà su un bene mobile o immobile, raggiunge piena efficacia, a vantaggio del creditore, con l'inadempimento dell'obbligazione principale. Se, poi, il bene si trova presso un fiduciario terzo non creditore, questi è tenuto a rimettere il bene al creditore o a vendere il bene e corrispondere al creditore il prezzo ottenuto. In tutti i casi deve essere versato al debitore l'ammontare dell'eccedenza tra il valore del bene in garanzia e il debito. Anche in questo caso la nuova norma ricalca l'impostazione marciana e conferma la propensione ordinamentale circa l'ammissibilità di patrimoni separati a scopo creditorio.

1.3 Il prestito vitalizio ipotecario

L'ultima ipotesi negoziale rilevante, sull'argomento, è quella del prestito vitalizio ipotecario.

Nel riformare il regime giuridico delle garanzie reali, il legislatore ha introdotto anche il contratto di prestito vitalizio ipotecario (c.d. Prêt

un vero e proprio trasferimento della proprietà al fiduciario-creditore, il quale diviene unico titolare di un patrimonio separato ("patrimoine fiduciaire") senza alcun sdoppiamento delle prerogative dominicali".

viager hypothécaire”), disciplinato dai nuovi artt. L314-1 - 314- 20 contenuti nel titolo I (Crédit) del libro III (Endettement) del code de la consommation. L’ingresso nell’ordinamento francese di tale istituto è giustificato da ragioni di carattere sociale e dalla consapevolezza che la crisi del sistema pensionistico statale, l’invecchiamento graduale della società ed il calo demografico hanno aumentato la domanda di liquidità dalla persone anziane.³⁰⁷

L’art. L315-1 del *code de la consommation* definisce tale convenzione come “*un contratto mediante il quale un istituto di credito o un istituto finanziario concede ad una persona fisica un mutuo sotto forma di un capitale o di versamenti periodici, garantiti da un’ipoteca costituita sull’immobile di proprietà del mutuatario e destinato all’esclusivo uso di abitazione di quest’ultimo, il cui rimborso – capitale e interessi – non sarà esigibile che al decesso del mutuatario o, prima del decesso al momento dell’alienazione o della costituzione di diritto reale limitato a favore di terzi sull’immobile oggetto di garanzia*”.

Scopo del legislatore, com’è avvenuto nel nostro ordinamento giuridico, è stato quello di permettere una più facile circolazione di quella parte di ricchezza che si concentra nelle aree più anziane della collettività e che, alla luce delle nuove tendenze demografiche, assume sempre maggior importanza nel sistema socio-economico nazionale, anche in riferimento alle difficoltà dei privati di affiancare una sufficiente liquidità alle prestazioni pensionistiche erogate dai sistemi previdenziali e assistenziali.

³⁰⁷ F. FIORENTINI, *La riforma francese delle garanzie reali nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2006, p. 501 s.

Per quel che riguarda strettamente i meccanismi di garanzia, si rileva che il creditore, ai sensi dell'art. L.315-20 c.d.c., può ottenere la proprietà in pagamento, sia in base a decisione giudiziale, sia in conformità a convenzione commissoria, in tale ipotesi anche se l'immobile è residenza principale del debitore. Nel caso, poi, in cui il mutuatario decida di alienare l'immobile, egli dovrà notificare l'operazione al creditore, che potrà contestare il valore di offerta e aprire, in tal modo, alla nomina di un perito per la stima del valore del bene. Ove il perito accerti un valore del bene inferiore, il credito del mutuante sarà limitato al prezzo di aggiudicazione dell'immobile in caso di vendita giudiziaria, oppure al valore di stima nel caso di patto "commissorio". L'elemento della valutazione peritale ritorna, dunque, a specificare la fisionomia del trasferimento del bene per ricorso a patto commissorio in ottica di riequilibrio delle prestazioni nell'interesse delle parti. Anche in questa ipotesi, l'operazione si mostra nella sua colorazione più spiccatamente marciana che commissoria, così come l'insieme delle più recenti scelte espresse dall'ordinamento francese.

In ogni caso, i dubbi dogmatici, espressi da qualche parte della dottrina,³⁰⁸ non hanno dissuaso il legislatore dall'introduzione di istituti che, nel nuovo quadro normativo francese, possono essere elementi di

³⁰⁸ C. MARSEGLIA, *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, in AA.VV., *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Fondazione Italiana del notariato, Gruppo24Ore, p. 163, nota 160: "tale misura attuativa della garanzia ipotecaria non è stata accolta positivamente da parte della dottrina, la quale ha osservato che il debitore in tal caso non beneficerebbe di una tutela efficace equivalente a quella riscontrabile con la procedura del pignoramento immobiliare"; L. Aynes – P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, 6 éd., Paris (Dalloz), 2013.

discontinuità con un passato principalmente simboleggiato dal principio di unicità del patrimonio e di unicità della proprietà individualistica.

2. L'ordinamento tedesco

Il discrimine che usualmente si delinea, nell'ambito dei sistemi di *Civil law*, tra ordinamenti romanistici ed ordinamenti germanistici, trae maggiore evidenza con riguardo alla disciplina delle garanzie reali vigente nella Repubblica federale tedesca.

Invero, l'ordinamento giuridico tedesco è caratterizzato da espliciti riferimenti al patto commissorio³⁰⁹ e da interessanti richiami ad applicazioni marciiane.

Il perimetro normativo di riferimento di tali elementi è dato dal *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), cioè il Codice civile tedesco, oltre che da importanti riflessioni dottrinali e giurisprudenziali.

In particolare, il BGB prevede esplicitamente il divieto di patto commissorio, separatamente, in caso di pegno e di ipoteca.

L'art. 1149 del BGB riguarda il divieto del patto commissorio sui beni ipotecati e deve essere letto alla luce dell'art. 134 BGB, che dispone la nullità di qualsiasi negozio giuridico che violi un divieto imposto dalla legge, salvo che la legge non disponga diversamente³¹⁰.

³⁰⁹ Cfr. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, p. 151 s.s.

³¹⁰ Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 1993, p. 546 ss.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, p. 151 s.

Per quanto concerne la *ratio* del divieto, essa rappresenta l'anello di congiunzione tra il diritto tedesco attuale e la tradizione dei diritti particolari, e, secondo alcuni, troverebbe il proprio fondamento nel carattere feneratizio della pattuizione, stante la sua incompatibilità con l'ipoteca³¹¹.

In realtà, più che porre in rilievo la natura usuraria o meno della pattuizione, occorre soffermarsi sull'inammissibilità dell'assunzione di un obbligo riguardante un trasferimento immobiliare condizionato. Tale assunto risulta confermato, in primo luogo, dall'impossibilità, secondo il diritto tedesco, di apporre condizioni o termini ai trasferimenti di immobili.

In secondo luogo, un simile trasferimento risulterebbe contrario all'art. 1147 BGB, a tenore del quale il soddisfacimento del creditore sui beni ipotecati può avere luogo solo attraverso l'esecuzione forzata. Poiché sono nulli tutti gli accordi che attribuiscono al creditore il diritto ad una vendita stragiudiziale, valendo il principio per cui solo il procedimento predisposto dalla legge può garantire un equilibrio dei diritti di creditore e debitore.

Per quanto riguarda il pegno -*Verkaufsberechtigung*- viene in rilievo, invece, l'art. 1229 del BGB, il quale prevede espressamente la nullità di un accordo con cui si stabilisca che al creditore pignoratizio, nel caso in cui questi non venga soddisfatto o puntualmente soddisfatto, spetti la proprietà sul bene oggetto del pegno o che questa gli debba

³¹¹ Cfr. *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, Aufl., Monaco, 1997, sub art. 1149.

essere trasferita, sempre che siffatto accordo venga stipulato prima che il creditore sia legittimato alla vendita del bene.

Tale norma disciplina un accordo volto a generare due situazioni giuridiche, tra loro alternative, in capo al creditore pignoratizio: da un lato, il diritto di acquistare automaticamente la proprietà del bene oggetto della garanzia reale e, dall'altro lato, il diritto di pretendere che il debitore gli trasferisca la proprietà del bene stesso³¹². Tali situazioni vengono in essere al momento in cui vi è scadenza dell'obbligazione garantita e si verifica l'inadempimento di quest'ultima. Affinchè si realizzi la fattispecie di cui all'art. 1229 del BGB deve ricorrere, quindi, l'inadempimento da parte del datore del pegno, alla scadenza dell'obbligazione garantita e, per l'effetto, la non soddisfazione del creditore pignoratizio: da qualificarsi, pertanto, quale elemento accidentale della struttura del patto commissorio.

La norma in argomento prevede, inoltre, che la pattuizione commissoria deve essere posta in essere necessariamente prima della scadenza del debito garantito, quando anche si trattasse semplicemente di

³¹² Preliminarmente, però, è necessario ricordare, al riguardo della compravendita tedesca, che il principio consensualistico ha un rilievo diverso rispetto al Code civil e al Codice civile. Nei regimi francese ed italiano, la modifica della titolarità del diritto di proprietà avviene tramite il consenso delle parti redatto nelle forme previste dall'ordinamento. Non a caso, nell'ordinamento italiano, la dottrina considera la trascrizione quale mezzo di pubblicità "dichiarativa", ritenendo sufficiente un consenso causalmente lecito e formalmente completo per determinare il trasferimento efficace della titolarità del diritto di proprietà. L'ordinamento tedesco, invece, accoglie il principio opposto: il trasferimento della proprietà è prioritariamente determinato dalla consegna del bene mobile o dalla messa in disponibilità del bene immobile e dalla trascrizione dell'atto di vendita. Il consenso originante la causa di vendita è elemento integrante la fattispecie, ma non sufficiente. Tale aspetto saliente della compravendita tedesca, improntando la fattispecie ad una valutazione degli effetti concreti delle clausole, ha influito sulla rilevante diffusione operativa della vendita con riserva di proprietà, anche in funzione di garanzia atipica.

una scadenza parziale. Inoltre, anche la nullità descritta dall'art. 1129 del BGB risulta riconducibile, come per i beni oggetto di ipoteca, a quella di cui all'art. 134 del BGB, che prevede la nullità di un negozio giuridico quando questo violi la legge, fatte salve le ipotesi espressamente previste dall'ordinamento.

2.1 Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia *(segue)*

Invero, nell'ordinamento giuridico tedesco, a fronte del divieto del patto commissorio, è ammesso espressamente il trasferimento della proprietà in funzione di garanzia *-sicherungsübereignung-*, che non è disciplinato dalla legge, ma è il risultato di un'elaborazione giurisprudenziale intesa a favorire il finanziamento alle imprese.³¹³

La *Sicherungsübereignung*, solitamente utilizzata per le sole garanzie mobiliari, è un'alienazione di tipo fiduciario³¹⁴ nella quale l'obbligo restitutorio è strutturato in maniera tale da assolvere una funzione di garanzia. Al trasferimento della proprietà si accompagna, normalmente, un *costituto possessorio* del bene offerto in garanzia a favore del debitore, secondo quanto previsto dall'art. 930 del BGB.

³¹³ La dottrina si è opposta alla validità dei trasferimenti in garanzia. Cfr. G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980.

³¹⁴ E' pertinente, in questa sede, un richiamo alla differenza intercorrente tra fiducia romanistica e fiducia germanistica. Nella fiducia romanistica il proprietario-fiduciante trasferisce al fiduciario la titolarità piena del bene; il nuovo titolare, anche di fronte ai terzi, è soltanto il fiduciario. L'unico limite è dato dalle obbligazioni assunte dal fiduciario *nel pactum fiduciae*, il quale peraltro ha efficacia puramente interna e, dunque, obbligatoria. Nella fiducia germanistica, invece, si realizza una scissione tra parte formale e parte sostanziale, non rinvenendosi il pieno trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario. A quest'ultimo, infatti, è attribuita soltanto la legittimazione ad esercitare in nome proprio un determinato diritto di cui resta titolare di fronte ai terzi lo stesso fiduciante.

Il diritto di acquisto dal creditore fiduciario e la tutela del debitore fiduciante si atteggianno in maniera differente a seconda delle varie ipotesi. Il creditore è, infatti, pieno titolare del diritto, ma, in alcuni casi, il debitore è tutelato dall'ordinamento in modo da riconoscergli tutela reale in caso di mancato adempimento all'obbligo di restituzione del bene in garanzia.

Infatti, se il debitore dispone illegittimamente del bene, il debitore non ha strumenti di tutela reale, ma può solo ottenere il risarcimento del danno. Tuttavia, in caso di fallimento del fiduciario, il debitore può ottenere la separazione del bene dalla massa, come se fosse proprietario. Al contrario, in caso di fallimento del debitore fiduciante, il diritto del creditore si attenua, degradando a una sorta di diritto reale di garanzia, che gli assicura la prelazione ma non anche il diritto di appropriarsi del bene.

L'elemento peculiare del trasferimento a scopo di garanzia è rappresentato dal principio di conversione -c.d. *Umwaldlungsprinzip*-, in virtù del quale la medesima situazione può atteggiarsi, in taluni casi, come proprietà piena e, in altri, come un diritto reale di garanzia.

Per l'ipotesi di inadempimento è previsto lo *ius vendendi* del creditore, il quale si può soddisfare sul ricavato, restituendo al debitore l'eccedenza di valore tra il credito residuo e il prezzo della vendita.

La giurisprudenza tedesca ritiene, inoltre, che le parti possano convenire il potere del creditore di appropriarsi del bene in caso di

inadempimento -c.d. *Verfalklausel*-,³¹⁵ contrariamente all'opinione dottrinale che, valorizzando il dato letterale degli artt. 1229 e 1149 del BGB che vietano il patto commissorio, ritiene che queste norme siano espressione di un principio generale che sanciscono un divieto di risultato.

3 L'ordinamento spagnolo.

La riunione in un solo negozio del titolo costitutivo di una garanzia reale ed estintivo di quella generica in favore del creditore figura, nell'ordinamento giuridico italiano, in almeno due istituti, di introduzione relativamente recente. Sia la disciplina del prestito vitalizio ipotecario, di cui all'art. 11-*quaterdecies*, comma 12-*quater* del d.l. 30 settembre 2005, n. 203, sia quella del credito immobiliare ai consumatori, di cui all'art. 120-*quinqüiesdecies*, comma terzo, del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, T.u.b., consentono di isolare la responsabilità patrimoniale del debitore al bene dato in ipoteca, esonerando da essa la restante parte dei suoi beni. Insieme con il diritto reale si costituisce una garanzia particolare, localizzata su uno specifico bene e idonea ad escludere quella universale voluta dall'art. 2740 c. c.

Un istituto, per certi versi analogo a questo, è presente, da oltre mezzo secolo, nel sistema spagnolo. Si tratta dell'ipoteca con limitazione della responsabilità patrimoniale al bene dato in garanzia, introdotta con la *Ley Hipotecaria* del 1946 e, tuttora, regolata dall'art. 140. La

³¹⁵ Cfr. N. REICH, *Funktionalanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung*, in *Arch. civ. Praxis*, 1969 p. 247 s.s.

disposizione consente al debitore e al creditore di circoscrivere la garanzia patrimoniale al bene ipotecato. In particolare, nel costituire il diritto reale accessorio a un rapporto di mutuo le parti possono stabilire che la responsabilità del debitore resti isolata al bene offerto in garanzia. L'istituto, tratto dal sistema cubano,³¹⁶ è spesso associato alla

³¹⁶ L'antecedente dell'ipoteca con limitazione della responsabilità è individuato dalla dottrina prevalente nell'art. 1876 del Codice civile cubano, come modificato dalla Ley 3 de abril 1933. Rilevano la somiglianza tra i due istituti X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Tirant lo Blanch, 1996, p. 25; R.M. ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Ley del Suelo. Hipotecas*, tm. VII, Bosch, 1999, p. 615 s.; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, vol. 1, Bosch, 1990, p. 158; M. CASTILLA CUBILLAS, *La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios*, in *Actualidad civil*, 2011, p. 1357; J. M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, in *Comentarios y Estudios Jurídicos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, p. 1318; J.M. REY PORTOLÉS, *La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada*, in *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1995, p. 140. Tra l'istituto spagnolo e quello del diritto cubano sussistono, comunque, importanti punti di eterogeneità. In particolare, la disciplina cubana non si limita a consentire clausole che isolino la responsabilità patrimoniale al bene ipotecato, bensì impone direttamente tale regime. Proprio per questa ragione, l'istituto fu prima dichiarato incostituzionale e poi reintrodotta con modifiche e in via transitoria, con efficacia sino al 30 giugno 1942, dal Decreto-Ley 490 de 7 de enero de 1936. E' interessante notare che, come il legislatore cubano introdusse la limitazione della responsabilità patrimoniale al bene ipotecato per reagire alla crisi economica ed immobiliare, lo stesso ha fatto non solo il legislatore italiano, ma anche quello spagnolo con il Real Decreto-Ley de 14 de marzo 2013, n. 1. Il terzo paragrafo del codice di buone pratiche allegato al provvedimento stabilisce che, al ricorrere di particolari condizioni, il debitore che abbia concesso in ipoteca l'immobile di residenza, può estinguere l'obbligazione trasferendo al creditore il bene in garanzia. Una regola analoga compare inoltre nella Ley 493, par. 2, del *Fuero Nuevo de Navarra*. Ad istituti del genere può estendersi l'osservazione svolta ad altro proposito da F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marciano*, A.A.V.V., Torino, 2017, p. 2000, nel notare che quando l'esecuzione sul bene estingue il credito, «*il debito si estingue per consumazione dei beni patrimoniali destinati al soddisfacimento del credito con un inedito movimento in cui la responsabilità, Haftung, incide sul debito, Schuld, addirittura con effetto estintivo*». Diverse, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, sono le implicazioni sul rapporto obbligatorio del regime spagnolo dettato dall'art. 140 *Ley Hipotecaria*.

Grundschild della tradizione giuridica tedesca³¹⁷. L'ipoteca con responsabilità limitata somiglia poi, quanto agli effetti, alle operazioni di *nonrecourse debt* diffuse negli Stati Uniti d'America³¹⁸, nelle quali pure ricorre un debito garantito con parte soltanto del patrimonio del debitore.

Il negozio introduce due effetti. Alla normale efficacia costitutiva della garanzia si accompagna un effetto estintivo: da una parte, il creditore diviene titolare di un diritto reale; dall'altra, perde la garanzia patrimoniale sugli altri beni del debitore. Per regola generale, accolta anche dall'ordinamento spagnolo, art. 105 L.H., la costituzione di ipoteca non esclude la responsabilità patrimoniale universale, ma aggiunge al rapporto obbligatorio il diritto reale di garanzia. Il patto disciplinato dall'art. 140 L.H. esclude, invece, la garanzia generica

³¹⁷ L'istituto, regolato dai paragrafi 1191-1198 B.G.B., si presta ad una definizione come «*garanzia astratta che può esistere anche senza un debito principale*» (C. Castronovo-S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p.64), assimilabile ad una sorta di «*prelazione ipotecaria costituita dal proprietario*» (A. Chianale, *Ipoteca*, in *Dig. it. disc. priv.*, Sez. civ., vol. X, Torino, 1993, p. 162). Per E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti di obbligazione*, vol. II, Milano, 1953, p. 91, dovrebbe invece parlarsi di una responsabilità reale e, almeno qualora un proprietario del fondo vi sia, di un debito reale ad egli imputato. L'autonomia della *Grundschild* implica che la garanzia, oltre a poter prescindere dalla sussistenza del debito: può essere costituita a favore dello stesso proprietario, al quale è consentito concedere ipoteche di grado ulteriore e partecipare al ricavato in caso di espropriazione promossa da un altro creditore; può essere incorporata in un documento e circolare; soprattutto, anche qualora sia collegata dalle parti a un rapporto obbligatorio, non risente delle vicende che interessano il credito. In relazione a tale ultimo profilo, è da segnalare che neppure l'estinzione del rapporto garantito fa venire meno il diritto reale, attribuendo però al debitore liberato la facoltà di domandare la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria o, se l'esecuzione è già avvenuta, di promuovere l'azione di ingiustificato arricchimento. Inoltre, tale garanzia determina in genere una limitazione della responsabilità al bene che ne forma oggetto. Le peculiarità di questa garanzia sembrano tanto consistenti da non consentire l'assimilazione all'ipoteca regolata dal sistema italiano che è invece proposta da Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2011, n. 12963, in banca dati *Dejure*.

³¹⁸ Cfr. G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore* Milano, 2012, p. 194 ss.

-prevista dall'art. 1911 del *Código civil* come universale- conservando solo quella particolare sul bene ipotecato.

Le peculiari caratteristiche dell'ipoteca con limitazione della responsabilità patrimoniale ne rendono incerta la natura. Le posizioni della dottrina si mostrano eterogenee, benché suscettibili di raccogliersi intorno a tre orientamenti.

Tra le tesi più risalenti si pone quella secondo cui l'ipoteca disciplinata dall'art. 140 della *Ley Hipotecaria* sarebbe da considerare autonoma.

Benché non fosse tra le intenzioni del legislatore spagnolo l'introduzione di una garanzia reale autonoma, sul modello della *Grundschild*, la disciplina dell'ipoteca con limitazione della responsabilità conseguirebbe proprio questo risultato.

Seguendo questa linea, nell'ipoteca con responsabilità limitata potrebbero individuarsi due momenti.

Inizialmente, la garanzia sarebbe accessoria all'obbligazione garantita al pari di ogni ipoteca. Perciò il diritto reale non potrebbe costituirsi che in connessione ad un rapporto obbligatorio.

Appena formata, la garanzia perderebbe tale carattere per rendersi autonoma. Un effetto, questo, che deriverebbe più a monte dall'estinzione dell'obbligazione. All'ipoteca si accompagnerebbe una vicenda estintiva della relazione originaria, rimpiazzata da una sorta di

obbligazione ipotecaria o debito di natura reale, ai cui poli andrebbero collocati non più due soggetti, ma un solo soggetto, cioè il creditore, e lo stesso bene ipotecato. A sostegno di tale forma di estinzione e contestuale costituzione di una nuova obbligazione si richiama il diritto di sequela, ossia la conservazione della garanzia anche in seguito al trasferimento del bene. Il diritto reale persiste pur essendo da negare secondo la tesi in parola sia la successione del terzo acquirente nel debito sia la prosecuzione del credito nei confronti del debitore originario. Da un lato, mancherebbero le condizioni che possono determinare la sostituzione dell'obbligato e, all'altro, non avrebbe senso parlare di un obbligo del debitore, il quale se inadempiente risponderebbe con il bene appartenente ormai a un terzo. Logica conclusione di tali premesse sembra dover essere che il rapporto corra ormai tra creditore e bene in garanzia, a prescindere da chi ne risulti titolare.

Questa concezione poggia su una determinata visione della relazione obbligatoria: non si crede possibile un debito senza responsabilità né l'ipotesi inversa della responsabilità senza debito. L'unità dell'obbligazione viene preservata a spese del debito. Questo si adatta alla responsabilità tramite una estinzione commisurata al valore del bene in garanzia, come se la limitazione di questa non possa che ridefinire contestualmente anche la misura del debito.

Un diverso orientamento spiega l'ipoteca con limitazione della responsabilità ricorrendo alla categoria del patrimonio separato.³¹⁹ Si

³¹⁹ Cfr. J.M. LOPEZ TORRES, *Complemento al estudio de la hipoteca de responsabilidad limitada*, p. 599.

tratta di una concezione che riceve scarse adesioni, ma merita attenzione per le conclusioni che ispira: la separazione patrimoniale solitamente si giustifica per la destinazione di una parte del patrimonio per la realizzazione di scopi ideali ritenuti meritevoli dall'ordinamento. Per la disciplina dell'art. 140 L.H. sarebbe invece la clausola di un contratto di mutuo a costituire il patrimonio separato.

La dottrina che richiama la segregazione patrimoniale³²⁰ muove dall'idea che vi sarebbe un'obbligazione, quella garantita, per la quale il debitore risponde con il bene ipotecato ed altre per le quali risponde soltanto con il patrimonio residuo.

A questa tesi si contesta anzitutto l'erroneità del postulato: non si può affermare che il bene è sottratto alla garanzia per debiti diversi da quello assistito dall'ipoteca. Invero, l'istituto disciplinato dall'art. 140 della Ley Hipotecaria deroga a due regole generali: quella per cui la garanzia reale non esclude la responsabilità patrimoniale sul restante patrimonio del debitore e quella della *par condicio creditorum*, costituendo una posizione di preferenza in favore del creditore ipotecario. In questi due effetti si risolve l'efficacia dell'ipoteca con responsabilità limitata rispetto ai terzi: essi potranno soddisfarsi in via esclusiva sugli altri beni e le loro pretese su quello ipotecato non sono escluse ma

³²⁰ L. BIGLIAZZI-GERI, *Enciclopedia del Diritto*, 1982, voce "Patrimonio", II, *Patrimonio autonomo e separato*, p. 284, secondo la quale «per poter parlare di patrimonio separato non basterebbe il riferimento ad uno scopo, cui la destinazione di esso tende. In realtà, occorre che tale destinazione provochi l'intervento di una disciplina tutta particolare, diversa, cioè, da quella alla quale è sottoposto il residuo patrimonio del soggetto. Ed il criterio, che sta alla base della separazione, non può, appunto, che essere identificato nella "insensibilità" dei beni separati alla sorte giuridica degli altri, per quanto concerne la responsabilità patrimoniale».

solamente postergate dall'altrui prelazione. Proprio per questa ragione è da riconoscere la possibilità che, dopo la costituzione di una prima ipoteca con limitazione della responsabilità, ne siano formate altre aventi per oggetto lo stesso bene.

Secondo un diffuso modo di vedere, il patto con cui debitore e creditore convengono di limitare la responsabilità al bene ipotecato configurerebbe una remissione per la frazione del credito che supera il valore del bene³²¹.

Sarebbe ancora l'ipoteca a rimodulare la consistenza del credito, secondo uno svolgimento che sovverte il canone della accessorialità.

La soluzione lascia spazio alle incertezze. Non è chiarita la posizione del terzo acquirente del bene ipotecato; se cioè egli succeda nel lato passivo del rapporto o vi rimanga estraneo. Non s'intende poi quali conseguenze questa teoria associ alla perdita del bene ipotecato; se, cioè, il suo perimento possa liberare il debitore dall'obbligo.

La tesi della remissione parziale del credito presenta corollari che non possono ricavarsi dall'art. 140 L.H., il quale contempla unicamente la limitazione della responsabilità patrimoniale, non quella del debito. Si giunge, inoltre, ad una interpretazione incoerente rispetto all'opinione

³²¹ Cfr. P. LACAL, *El mito de la accesoriedad de la hipoteca*, in *Revista de derecho privado*, 1949, p. 934 s; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, IV, Barcelona, 1985, p. 160. L'opinione sembrerebbe condivisa da A.P. GUADALAJARA, 7 dicembre 2010, n. 220, in *www.poderjudicial.es*, che in relazione all'art. 140 L.H. afferma che «*aquí no existiría disociación de deuda y responsabilidad sino simplemente de una cobertura incompleta de la deuda, siempre que se hubiera pactado específicamente entre las partes*»; tuttavia, poco più avanti, si afferma che la «*deuda que no se extingue por la ejecución de la garantía, que puede y en este caso se ha revelado insuficiente*».

che della regola pare avere lo stesso testo legislativo, il quale la qualifica come eccezionale rispetto a quelle che stabiliscono l'universalità della garanzia generica. Il senso di tale eccezione sfuggirebbe ipotizzando l'estinzione del credito in seguito all'azione sul bene in garanzia: si avrebbe non l'eccezione alla responsabilità universale richiamata dall'art. 140 L.H., ma la sua consueta estinzione come conseguenza della remissione per la misura del debito eccedente il valore del bene.

Le considerazioni svolte inducono ad approfondire il regime dell'ipoteca con responsabilità limitata, il quale sembra poter essere meglio descritto muovendo dalla risalente tesi del debito e della responsabilità o, per riferirsi ad una impostazione più recente che condivide i postulati di quella tesi, dalla prospettiva dell'obbligazione ridotta.

Con quest'espressione in dottrina ci si riferisce ad una obbligazione suscettibile di adempimento, ma non di inadempimento. Ridotta sarebbe l'obbligazione nella quale sia dedotta una prestazione inesigibile; ridotto perciò sarebbe il rapporto che non costituisce una responsabilità in capo all'obbligato. Assoggettata a una vicenda riduttiva, l'obbligazione funziona come causa di una giustificata attribuzione patrimoniale, escludendo che il pagamento possa dirsi indebito. È precluso al creditore di pretendere l'adempimento e aggredire il patrimonio del debitore. Non per questo ci si trova dinanzi ad una obbligazione naturale. Rapporti ridotti e naturali condividono l'inesigibilità, che per i primi può anche non essere stabilita direttamente

dalla legge, ma ad esempio dalla condizione sospensiva voluta dalle parti; inoltre, nel primo gruppo possono includersi relazioni che, diversamente dalle naturali, si formano nel sistema giuridico e non solamente sono da esso riconosciute.

Con l'ipoteca che limita la responsabilità al bene in garanzia l'obbligazione sembra esposta proprio ad una vicenda riduttiva; anzi, parzialmente riduttiva. Permane il debito e viene meno la responsabilità patrimoniale universale. La vicenda ha carattere parziale perché non determina un'inesigibilità assoluta, ossia la piena irrilevanza dell'inadempimento. Questo rimane giuridicamente rilevante, ma capace di conseguenze diverse da quelle consuete. L'inadempimento può giustificare iniziative esecutive sul solo bene ipotecato. Sugli altri beni, poiché esonerati dalla garanzia, oltre a quella esecutiva non sono concepibili neppure iniziative conservative. In definitiva, non sono radicalmente escluse ma soltanto diminuite le conseguenze giuridiche normalmente associate all'inadempimento.

La limitazione della responsabilità mette capo a effetti reversibili, che possono venire meno qualora le parti decidano di ripristinare la garanzia generica nella sua piena consistenza. Come non può escludersi che la responsabilità si espanda a beni inizialmente estranei al patrimonio, quali anzitutto quelli futuri, non può escludersi neppure la vicenda opposta, la quale si avrebbe qualora la limitazione mutasse nella esclusione della responsabilità. È quanto potrebbe accadere in seguito alla perdita del bene o all'estinzione diritto in garanzia.

Se la perdita determina il riconoscimento di un credito risarcitorio o una indennità, come nell'espropriazione per pubblica utilità, la garanzia si trasferisce su tale somma di denaro. Così il diritto reale muta natura ed oggetto; da diritto su una cosa viene ad essere diritto ad una prestazione personale.

Quando invece nessun indennizzo o risarcimento è previsto, si determina l'estinzione della responsabilità. Permane il solo debito, seppur al modesto fine di giustificare il pagamento e quindi l'irripetibilità della prestazione che il debitore dovesse eseguire. La riduzione del rapporto da parziale diviene assoluta: si estingue ogni responsabilità, sia quella universale sia quella particolare sul bene in garanzia. Tale ulteriore vicenda può dipendere non solo dalla perdita del bene: possono citarsi, quali ipotesi ulteriori, la rinuncia all'ipoteca da parte del creditore o l'estinzione della garanzia per altre vicende, come il trasferimento del bene al creditore o l'effetto "purgativo" determinato dall'iniziativa di un creditore titolare di ipoteca di grado posteriore. La stessa vicenda interverrebbe qualora l'esecuzione non consentisse di ottenere un importo sufficiente ad estinguere per intero il debito: la porzione insoddisfatta risulterebbe non più assistita dalla garanzia patrimoniale, ma non per questo estinta; perciò il successivo adempimento resterebbe irripetibile da parte del debitore.

Pensare alla dissociazione di debito e responsabilità ed alla possibilità di una vicenda riduttiva consente di risolvere alcuni problemi della garanzia ipotecaria con responsabilità limitata. Soprattutto,

permette di spiegare l'esclusione della responsabilità universale evitando risalite dal piano della garanzia a quello del credito che non paiono conformi al canone della accessorietà. Tuttavia, ragionando nella prospettiva della inesigibilità non si spiega ancora la condizione del terzo acquirente del bene ipotecato. L'idea che nega la scindibilità di debito e responsabilità conduce a un esito quasi automatico: posto che è riconosciuta la possibilità di agire nei confronti del terzo acquirente del bene, non resta che immaginare una successione anche nel debito, il quale seguirebbe il bene nella sua circolazione. La soluzione, pur presente in dottrina³²², sembra incoerente rispetto al sistema giuridico spagnolo ed ancora irrispettosa del nesso di accessorietà.

Un consolidato orientamento,³²³ desume dall'art. 1205 del *Código civil* che la modificazione soggettiva del lato passivo potrebbe determinarsi unicamente come effetto di una vicenda novativa, la quale non può prescindere dal consenso del creditore. In mancanza della sua approvazione non sembra configurabile la sostituzione del debitore originario come effetto del trasferimento del bene. Né una simile conseguenza potrebbe ricavarsi dall'art. 126 L.H., il quale con riferimento alla disciplina generale dell'ipoteca dispone che, prima di

³²² Ancora in tal senso J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, cit. p. 158.

³²³ Cfr. M. PENA Y BERNALDO DE QUIROS, *Derecho reales, Derecho hipotecario*, Madrid, 1982; J. M. REY PORTOLES, *La pretendida asuncion automatica de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada*; L. DIEZ-PICAZO-A. GULLON, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 2012; A. DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RAIDO, *La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el art. 140 de la Ley Hipotecaria*; X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Tirant lo Blanch, 1996; C. DEL CARMEN CASTILLO MARTINEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi editio, 1999; C. ARIJA SOUTULLO, *El adquirente de bienes hipotecados*, Valencia, 2002.

iniziare l'esecuzione verso il terzo acquirente, il creditore è tenuto a domandargli il pagamento; il terzo non è obbligato, ma ha la facoltà di eseguire il pagamento o abbandonare il bene se vuole evitare l'esecuzione nei suoi riguardi.

Dalla limitazione di responsabilità connessa all'ipoteca non dipende l'irrilevanza dell'inadempimento. Tale rilevanza non è realmente esclusa e perciò la circolazione del bene può determinare una vicenda riduttiva di segno opposto rispetto a quella considerata più spesso, prospettando una responsabilità senza debito proprio. Nella relazione tra creditore e terzo acquirente la prestazione non solo risulta inesigibile, ma prima ancora non dovuta. Indebita giacché il terzo è responsabile senza essere debitore. Al di fuori delle condizioni indicate dall'art. 126 L.H., e quindi del pagamento realizzato dopo l'inadempimento per evitare l'espropriazione, la prestazione del terzo non troverebbe prima di sé alcun obbligo giuridico, e risulterebbe perciò ripetibile. Pur non essendo obbligato, il terzo non potrebbe sottrarsi alle conseguenze sfavorevoli dell'inadempimento altrui. Si configura un fenomeno analogo a quello che si darebbe qualora ad essere garantito fosse il debito naturale altrui. Le implicazioni sono numerose: ad esempio, non sussistendo un obbligo in capo al terzo, non potrebbe darsi la compensazione con eventuali suoi diritti verso il creditore garantito

L'ipoteca rimane coerente al principio di accessorietà, sicché l'eventuale pagamento da parte del debitore, oltre a non dover essere restituito, estinguerebbe l'obbligazione principale e con essa la garanzia.

La stessa conseguenza produrrebbe ogni altra modalità di estinzione del credito, la quale, necessariamente, travolgerebbe anche il diritto reale.

Le conclusioni riferite possono peraltro valere non solo se a mutare è il titolare del bene ipotecato, ma anche se la sostituzione interviene nel lato passivo del rapporto, cui si è già fatto cenno.

Per concludere, e sempre in relazione alla posizione del terzo, è da notare che per effetto dell'esecuzione o del pagamento da egli eseguito per evitarla potrebbe formarsi un nuovo rapporto, con un debito stavolta assistito dalla responsabilità patrimoniale universale. Benché la disciplina dell'ipoteca non prenda posizione, si tende a riconoscere al terzo il diritto ad avere ristoro dal debitore per il sacrificio patito. Si costituisce allora una nuova relazione obbligatoria tra il debitore e il responsabile — ossia, il titolare del bene — per la quale il secondo attende dal primo la restituzione dell'esborso; la “novità” del diritto, riconducibile non ad una forma di surroga ma di regresso, giustifica che tale nuova relazione sia assistita da quella responsabilità patrimoniale universale prima mancante.

Nessun diritto del terzo viene invece ad esistenza qualora risulti che dell'ipoteca si è tenuto conto nel determinare il prezzo di trasferimento del bene. In simili ipotesi può anzi essere il precedente titolare del bene in garanzia ad assumere un credito verso il terzo acquirente: la disciplina ipotecaria spagnola è chiara nello stabilire che se il prezzo del bene viene determinato considerando il vincolo reale ma poi è il debitore ad eseguire la prestazione, così evitando l'esecuzione sul bene trasferito, egli si surroga al creditore contro il terzo acquirente.

Parte 2. Le alienazioni in garanzia nei sistemi di *Common law*

1 L'ordinamento inglese

Interessanti profili di analisi emergono relativamente a due ipotesi di strumenti che consentono di vincolare un bene in garanzia diretta o indiretta di un credito previsti nell'ordinamento giuridico inglese: il *mortgage* e il *trust*,³²⁴ i quali costituiscono schemi negoziali *dotati di quella flessibilità della quale si avverte la mancanza nel nostro ordinamento.*³²⁵

1.1. Il *mortgage*

³²⁴ Al riguardo è doveroso precisare l'impossibilità di sovrapporre nettamente le categorie dogmatica degli ordinamenti di *Civil law* -ed in particolare di tradizione romanistica- con quelle di *Common law*, attesa l'eterogeneità concettuale degli istituti che le presuppongono. Lo stesso concetto di diritto di proprietà -inteso nei sistemi romanistici in senso pieno, esclusivo, imprescrittibile e perpetuo-, cui afferisce il discorso sulle garanzie reali, non trova un equivalente contenutistico negli ordinamenti del *Common law*, laddove è, invece, riscontrabile un concetto di *property* che si struttura nelle due differenti ipotesi di *real* e di *personal property*. La prima ha ad oggetto i beni immobili e alcune tipologie di beni mobili, la seconda, invece, riguarda la maggior parte dei beni mobili, i crediti e i beni incorporali. Sui beni costituenti la *real property* era, originariamente, imperniato il sistema feudale, nel senso che tali beni appartenevano al Re, il quale poteva concedere ai vassalli una *tenure* sugli stessi, in cambio di fedeltà e di una serie di servizi. Con il tempo, le *tenures* caddero in desuetudine, ma, dal punto di vista concettuale, è residua l'idea per la quale in Inghilterra la proprietà in senso pieno ed esclusivo spetta solo allo Stato e alla Corona, mentre i sudditi possono avere sugli immobili solo un possesso fondato su un titolo che ne determina anche la durata. Il diritto più ampio che può spettare sui beni immobili ad un suddito è l'*estate*, che è concepito come un diritto pieno, ma sottoposto a un termine che può essere quello della vita di un soggetto -c.d. *estate for life*- oppure con un termine più lungo e trasmissibile agli eredi -c.d. *estate in fee simple absolute*-, oppure essere trasmissibile solo ad alcuni eredi. L'*estate in fee simple absolute* è la forma di *property* più assimilabile al concetto di proprietà, che torna allo Stato o alla Corona in caso di assenza di eredi. La *personal property*, invece, si riferisce solo ai beni mobili, ed uno dei tratti di discriminazione rispetto alla *real property* è l'assoggettabilità alla c.d. *ownership*, definibile, sulla scorta degli istituti romanistici, come possesso in nome proprio.

³²⁵ Così N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Legittimità e proporzionalità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 243.

Il *mortgage* è un istituto di garanzia reale non possessoria³²⁶ che si avvicina, per qualificazioni formali e contenutistiche, al modello continentale dell'ipoteca -almeno nella declinazione del *mortgage* avente ad oggetto la *real property*- che accede ad un contratto di finanziamento.³²⁷

La figura anglosassone infatti, rientra nella categoria dei *legal interests* o *charges*. I *legal interests*, sono considerati 'diritti minori' c.d. *lesser rights*-, capaci di gravare su un immobile secondo lo stretto diritto -*at law*- e abbracciano ipotesi quali i diritti su fondo altrui, gli usi civici, le *rentcharges*, e alcune tipologie di 'oneri' -*charges*- che costituiscono prestazioni patrimoniali connesse ad un fondo, anche in forma di garanzia reale quale il *legal mortgage*.

Più precisamente, la *Law of Property Act* del 1925³²⁸ ha modificato alcune significative caratteristiche del *mortgage*.³²⁹ Con la

³²⁶ Può avere ad oggetto sia *real* che *personal property* e si discorre, in questo secondo caso, di *chattel mortgage*.

³²⁷ Cfr. F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Berna-Napoli, 2009, p. 167-231; F. DE FRANCHIS, *Mortgage*, in *Dizionario giuridico*, I, Milano, 1996, *ad vocem*; A. CHIODI, *Mortgage*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 465 s.s.; R. FRANCESCHELLI, *La garanzia reale delle obbligazioni nel diritto romano classico e nel diritto inglese (fiducia cum creditore e mortgage)*, in ID, *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, p. 91 s.s.; B. FAIREST, *Mortgages*, London, 1980; P. BROADHURST, *Law and practice for mortgage lenders*, London, 1996; P. BRIMELOW e N. CLAYTON, *Mortgage, Possession, Actions*, London, 1994.

³²⁸ Cfr. R. MEGARRY & W. WADE, *The Law of Real Property*, 6th edn., London, 2000, p. 123 e ss.

³²⁹ Sulla tecnica delle codificazioni in common law, notoriamente diverse da quelle di civil law, e limitate rispetto a queste ultime allo scopo di sistematizzare e riordinare regole preesistenti di diritto giurisprudenziale, v. A.L. DIAMOND, *La codification en droit anglais*, in *Ann. leg.l. fr. et étr.*, t. XXVIII, 1978, p. 1; R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 117 e ss.; A. GAMBARO, *Codice civile*, in *Dig., IV, disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 442 e ss. In relazione al diritto immobiliare inglese, la codificazione del law of property del 1925 segna il passaggio

conformazione dello strumento ante riforma, infatti, il diritto proprietario del debitore -il *legale estate*- era trasferito *at law* al creditore garantito -il c.d. *mortgagee*-, similmente ad una vendita fiduciaria continentale. L'assetto in *equity* del rapporto fra le parti, però, prevedeva che il debitore-garante rimanesse titolare del bene in via equitativa in quanto gli era riconosciuta la situazione di *equity of redemption*, in base alla quale rimaneva esercitabile la facoltà di riscatto del bene anche tardivo, causando concretamente uno svuotamento della situazione di appartenenza trasferita.

Il rinnovamento del paradigma raggiunto con la L.P.A. del 1925 ha contribuito al rafforzamento dei tratti dell'istituto in senso continentale,³³⁰ oggi più vicini a quelli di un diritto reale minore -i.e. *iure in re aliena* continentale-, nella specie l'ipoteca, che di una alienazione di proprietà in funzione di garanzia. Attualmente, infatti, il debitore non sottopone a modifica della titolarità la situazione giuridica di appartenenza, ma è prevista la costituzione di situazioni soggettive come il *term of interest*, il *charge* o il *lease* che vincolano il bene oggetto di garanzia nella sfera giuridica del creditore con la possibilità per il debitore di esercitare un diritto di riscatto subordinato all'adempimento della prestazione garantita entro i termini.

da un diritto immobiliare di un'aristocrazia feudale a un diritto più adatto ad una democrazia moderna, industriale: M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Milano, 1992, p. 55.

³³⁰ Nel senso che non si ha più, ora il trasferimento del legal estate al creditore, ma esso resta in capo al debitore concedente. Ciò che rappresenta, sotto un certo profilo, un ritorno al vecchio sistema del XV secolo, quando pur si prevedeva la costituzione del mortgage mediante concessione al creditore di un term of years. Anteriormente alla riforma, le garanzie di grado successivo potevano essere solo di natura equitativa, avendo il debitore già ceduto - al primo creditore - il *legal estate*: F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Berna-Napoli, 2009, p. 183 e ss

Con riguardo alla disciplina di dettaglio delle singole ipotesi, occorre specificare che lo schema disegnato dalla L.P.A. 1925 prevede che oggetto del *legal mortgage* possa essere un *freehold* oppure un *leasehold* -c.d. *mortgage by demise*-.³³¹

Il *legal mortgage* è costituito su di un *freehold*. Infatti, il *mortgage* non è più creato mediante la *conveyance* del *fee simple* al creditore, così come era prima della L.P.A. 1925, bensì mediante la costituzione, da parte del debitore e a favore del creditore, di un *term of years absolute*, soggetto alla condizione risolutiva in caso di adempimento del debito. Il *term of years* trasferito al creditore ha, generalmente, una durata di 3000 anni. Questo dato è importante e porta all'evidenza il fatto che il passaggio formale da un trasferimento della piena titolarità del diritto immobiliare a scopo di garanzia verso la costituzione di una situazione giuridica che maggiormente si avvicina alla nozione continentale di diritto di garanzia come *ius in re aliena* -ossia come una situazione 'minore' rispetto alla piena titolarità del diritto in questione- non ha comportato, in realtà, un mutamento sostanziale dell'assetto degli interessi delle parti. Infatti, concedente la garanzia e creditore mantengono inalterati quei diritti e quei poteri che lo sviluppo storico di *Common law* ed *equity* attraverso la '*judicial legislation*' era giunto a riconoscere loro già prima della L.P.A. 1925.³³²

³³¹ LPA 1925, s. 85 (1) «*a demise for a term of years absolute, subject to a proviso for cesser on redemption*». Poiché ciò pone in essere la costituzione di un *interest* in capo al creditore, il *legal mortgage* deve essere creato, in ogni caso, mediante un atto scritto (*deed*).

³³² Ciò è evidente, ad esempio, per quanto concerne il diritto del creditore al possesso dei documenti rappresentativi del titolo. Il fatto che il mortgagee non sia più cessionario del *fee simple*, ma sia solo un *termor*, dovrebbe infatti comportare, a rigore, che egli non abbia diritto al possesso dei documenti

L'accordo volto alla creazione del *mortgage* ha natura contrattuale. Solitamente esso è inserito in un unico documento che contiene sia un accordo del creditore volto a concedere finanziamento al debitore, cioè il contratto di garanzia, sia un atto formale - c.d. *deed*- che è il vero atto costitutivo del *mortgage*. Nel *deed* si stabilisce un termine contrattuale per l'adempimento del debito, entro il quale il debitore ha diritto *at law* di riscattare il suo diritto dalla garanzia -c.d. *contractual right to redeem*-. La prassi è uniforme nel determinare un termine di riscatto di soli sei mesi a partire dalla creazione del *mortgage*. È appena il caso di notare che le parti sanno in anticipo che il debito non sarà adempiuto entro quel brevissimo termine, ed è proprio questo l'elemento da sottolineare in questa sede. Da un lato, il *lease* a favore del creditore è costituito per 3000 anni, dall'altro lato, essendo il termine legale per il riscatto del *mortgage* così breve, è naturale che, di norma, l'adempimento dell'obbligazione garantita avvenga in un momento successivo allo scadere del termine legale e dunque nelle forme e nei modi tradizionali, che si sono sviluppati nelle vesti dell'*equity of redemption*.³³³

rappresentativi del 'pieno titolo' sul bene (così traduciamo l'espressione "*title deeds*", che è intesa in senso ampio, ricomprendente tutti i documenti necessari per provare il diritto del mortgagee; tradizionalmente era d'uso che il *mortgagee* prendesse il possesso dei documenti rappresentativi del titolo del *mortgagor* sull'immobile, allo scopo di rendere edotti i terzi dell'esistenza di un mortgage sul bene, evitando così che il debitore potesse ri-trasferire il bene a terzi libero dal vincolo di garanzia e quindi fraudolentemente nei confronti del creditore: R. MEGARRY & W. WADE, op. cit., p. 1180). Questa regola è invece alterata dal LPA 1925, s. 85 (1) che interviene accordandogli espressamente questo diritto, '*come se costui fosse (ancora) il titolare del fee simple*': R. MEGARRY & W. WADE, *The Law of Real Property*, 6th edn., London, 2000, p. 1175. D'altro canto, il diritto 'legale' del creditore ai *title deeds of the property* gli consente di sub-ipotecare la propria garanzia, creando così diritti di grado successivo rispetto al proprio, nella veste di concessioni di un term più lungo di un giorno rispetto a quello precedente: LPA 1925, s. 85 (2) (b).

³³³ L'*equity of redemption* è un istituto forgiato dagli interventi della giurisprudenza del Cancelliere, a partire dal XV secolo. Per temperare l'eccessiva rigidità delle regole in materia di *Common law mortgage*

Difatti, allo scadere del termine dei sei mesi, il debitore trattiene un *equitable right to redeem* il quale prenderà il posto del diritto contrattuale o legale di *redemption*.

Il *legal mortgage*, invece, è costituito su *leasehold* e non è più creato tramite trasferimento del diritto dal debitore al creditore, come invece avveniva prima della L.P.A. 1925, bensì tramite *subdemise* (*sublease*) di un *term of years absolute* sotto previsione di *cesser on redemption*.³³⁴ Il *term of years* deve essere di almeno un giorno più breve del *term* del *leasehold* di cui è titolare il debitore, e può essere necessario il consenso del *landlord*.³³⁵

E' da notare, quindi, che il termine di adempimento è *at law* normalmente, stabilito in sei mesi.

A favore del debitore, allora, si prevede che, con il venir meno del termine semestrale *at law*, egli maturi un diritto di riscatto in *equity*, un *equitable right to redeem* che sostituisce il diritto di riscatto *at law*.

sviluppate dalle Corti di *Westminster*, le quali privavano con troppa facilità il debitore concedente della proprietà del bene concesso in garanzia a favore del creditore, attraverso il realizzarsi di un patto commissorio, il Cancelliere riconobbe al debitore in una serie di situazioni eccezionali, e poi in via definitiva, un diritto di natura equitativa di riscattare il bene anche oltre il termine legale di scadenza dell'obbligazione, diritto detto appunto *equity of redemption*. Il percorso storico che porta all'emersione e al consolidamento dell'istituto è descritto in R.W. TURNER, *The Equity of Redemption, Its Nature, History and Connection with Equitable Estates Generally*, Cambridge, 1931, repr. *Holmes Beach*, Florida, 1986 e in F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Berna-Napoli, 2009, p. 201 e ss.

³³⁴ LPA 1925, s. 86(1).

³³⁵ LPA 1925, 86(1). In questo caso il consenso del *landlord* non può essere rifiutato senza ragionevole motivo: R. MEGARRY & W. WADE, op. cit., p. 1179. Si noti che anche in questo caso il primo creditore ha lo stesso diritto ai *mortgage deed* come se il *mortgage* fosse stato creato tramite cessione. Per permettere la creazione di garanzie di grado successivo, il *sub-term* è generalmente più corto del *lease* di dieci giorni: *Cousins on the Law of Mortgages*, 2nd edn., London, 2001, p. 20.

Affiora, dunque, il senso più profondo della regola “*once a mortgage, always a mortgage*”, che, secondo parte della dottrina, potrebbe ricordare alcuni contorni dell'immagine continentale del divieto di patto commissorio in combinato del principio “*no clogs on the equity*”.

Il primo brocardo, infatti, intende ribadire il potere delle Corti di “*riaprire il caso*”, ossia di rimettere in nuovi termini di adempimento il debitore inadempiente che, in tal modo, potrà eseguire la prestazione originaria anche dopo l'inadempimento “definitivo”, in una sorta di ammissibilità giudiziale ultima all'esercizio del diritto di riscatto. La seconda formula, invece, è strettamente collegata alla percezione di “sacralità” che ruota attorno all'*equity of redemption*, per cui all'autonomia contrattuale è inibito di prevedere clausole incompatibili con il riscatto del bene o che, comunque, rendano eccessivamente difficoltoso l'espletamento del diritto di riscatto. Non solo la figura del patto commissorio è evocabile analizzando la disciplina inglese delle garanzie immobiliari. Anche segni di matrice marciana sono individuabili nel funzionamento del *mortgage*, soprattutto alla luce delle tre modulazioni esecutive dell'istituto: *foreclosure*, *power to sell out of court*, *power to take possession*. Con il procedimento di *foreclosure*, l'attore chiede in giudizio di vedersi attribuita la titolarità della situazione giuridica attiva (come il *fee simple*) relativa al bene in garanzia. La Corte risponde con un *foreclosure order* nisi oppure con un *foreclosure order absolute*. Nel primo caso, è ordinata la vendita del bene in garanzia -*order of sale*-, nel secondo, è decisa l'estinzione del diritto di *equity of redemption* del debitore, il cui

corollario è l'attribuzione dell'*estate* al creditore. E' da notare che, nel primo caso, la Corte può ordinare la *judicial sale* anche in assenza o contrariamente alla domanda di parte, ciò a tutela del debitore e degli altri creditori preferenziati da *mortgage* nell'eventualità che il bene in garanzia abbia un valore molto maggiore rispetto a quello del debito così da distribuirlo tra i diversi *mortgagee* e il *mortgagor*, per la rimanenza; che, nella seconda ipotesi, l'ordinamento inglese ammette il c.d. *reopening of foreclosure*, in presenza, però, di alcuni requisiti, tra cui la verifica, di marciana ascendenza, di una rilevante disparità di valore della garanzia rispetto al debito. Il *power to sell out of Court*, consiste nel diritto, previsto dalla LPA 1925, di vendita stragiudiziale del bene allo scopo della *satisfactio creditoria* sul ricavato. In questo caso, non necessitando di petizione processuale, il meccanismo si sviluppa pienamente entro l'alveo del diritto sostanziale ma senza escludere del tutto l'esercizio di un potere di controllo da parte dell'autorità giudiziale previsto -secondo l'estensiva interpretazione giurisprudenziale della sezione 91 della LPA 1925- in generale in materia di vendita esecutiva. Inoltre, il creditore è titolare di doveri di diligenza -*duty of care*- che si affiancano alla statuizione legale dei fini a cui destinare il ricavato di vendita: a) liberazione dei precedenti vincoli sul bene; b) pagamento delle spese connesse alla vendita; c) soddisfazione delle ragioni creditorie del *mortgagee*; d) soddisfazioni delle ragioni creditorie dei *mortgagee* di grado successivo; e) debitore. L'ultimo procedimento menzionato, il *power to take possession*, comporta la presentazione di domanda giudiziaria del creditore con cui è richiesto l'ordine favorevole all'immissione nel possesso del bene in garanzia. In

questo caso, però, non si verifica il trasferimento di una situazione di piena appartenenza a vantaggio del creditore.

L'istituto intende essere una misura che permetta una agevole vendita della garanzia oppure uno strumento per l'ottenimento dei frutti da essa originati, così da consentire al creditore di conseguire il pagamento degli interessi dovuti. Egli, infatti, sarà amministratore del bene, con obbligo di rendiconto e di restituzione al debitore dell'eventuale eccedenza. Si ricava, dunque, da questa breve analisi del funzionamento dei meccanismi di garanzia previsti nell'ipotesi dell'istituto del *mortgage*, non tanto l'individuazione di un espresso riferimento alle figure continentali di patto commissorio e marciano, quanto tracce di una loro trasposizione –in termini di incrocio di situazioni *at law* e in *equity*– che giunge a risultati non troppo lontani da quelli delle tradizioni continentali delle quali è udibile l'eco delle premesse assiologico-culturali in materia di rapporti di garanzia. Premesse che si riversano, in particolare, nel carattere accomunante la complessa triade procedimentale esplicativa del *mortgage*.

Tra le pieghe tecnico-pratiche del *foreclosure*, del *power to sell out of Court* e del *power to take possession*, infatti, si può intravedere il filo rosso della centralità del controllo giurisprudenziale sull'operazione di soddisfazione creditoria. In nessuna delle tre ipotesi l'autonomia delle parti può giungere ad escludere totalmente la presenza dell'autorità pubblica garante della gestione del rapporto. Anche nel caso di *power to sell*, data la possibilità di controllo giudiziario non preventivo, la vicenda

negoziale dei privati non trova necessariamente risposta ultima nel principio volontaristico, come nel caso di patto marciano, ma potrà comunque essere oggetto di una composizione dell'assetto degli interessi in gioco così come individuata dall'organo giurisdizionale.

Le esigenze creditorie, quindi, sono sottoposte al *Rule of Law* e alla supremazia dell'ordinamento giuridico, che valuta e orienta i plurali ed esigenti interessi in gioco delle parti, nel senso di una parziale riconduzione all'organo giudiziario della tutela dell'inadempimento e della escussione delle garanzie. La tendenza che colora le tre conclusioni dell'istituto inglese, infatti, pare essere proprio la difficoltà, per il creditore, di aggredire autonomamente, ossia in via prettamente negoziale, i beni sottoposti a garanzia. L'edificio giuridico complessivo del *mortgage*, allora, più che trovare somiglianze strutturali con il patto marciano o con il patto commissorio è caratterizzato da una comunanza di prospettive di fondo con tali ipotesi di *Civil law*, quali, un particolare sistema di limitazioni dell'autotutela creditoria. In questo senso l'impostazione inglese, che supera tanto il problema commissorio quanto la risposta marciana, pare ispirarsi alla consapevolezza della imprescindibilità, almeno parziale, di una valutazione dell'organo pubblico, terzo e *super partes*, sulle delicate vicende giuridiche degli individui, coerentemente con la storica e affascinante tradizione costituzionale anglosassone della tutela dei diritti fondamentali.

1.2. Il *trust* di garanzia

Di profondo interesse, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, può risultare, allora, l'analisi del *trust* di garanzia -c.d. *security trust*-,³³⁶ istituto che circola, con tutto il suo carico di dubbi sistematici,³³⁷ anche in molti ordinamenti del continente europeo.

Il *trust*³³⁸ nasce nell'ambito del diritto successorio con lo scopo di occultare la titolarità dei diritti immobiliari e quindi eludere gli oneri fondiari feudali per trasferimenti *mortis causa*. Lo sviluppo del paradigma continua successivamente più strettamente in ambito familiare, con la predisposizioni dell'aristocrazia e della borghesia medio-alta di *family*

³³⁶ Nella prassi talvolta si afferma che il *trust* di garanzia -e lo stesso è stato affermato per il *trust* liquidatorio- sarebbe un *trust* di scopo, in quanto il suo “scopo”, appunto, sarebbe da individuarsi nella volontà del disponente di garantire il beneficiario. Tuttavia, così argomentando, si arriverebbe alla conclusione per cui tutti i *trust* devono ritenersi *trust* di scopo, in quanto tutti i *trust* perseguono, ovviamente, una certa finalità. Il *trust* di scopo, in realtà, è un *trust* privo di beneficiari e si contrappone, dunque, al *trust* con beneficiari, nel cui novero vi rientra anche la figura del *trust* di garanzia. In quest'ultimo tipo di *trust*, infatti, si è in presenza di soggetti (i beneficiari appunto) ai quali il disponente ha attribuito delle posizioni giuridiche che costoro possono far valere nei confronti del trustee (il loro contenuto patrimoniale può essere il più vario ed esse possono essere o meno sottoposte a termini o condizioni). Nel *trust* di scopo, invece, i beni in *trust* devono essere utilizzati per realizzare una certa finalità, ma non vi sono soggetti che possono pretenderne dal trustee l'attuazione in qualità di beneficiari: non a caso, infatti, nel *trust* di scopo è obbligatoria la presenza di un soggetto (il guardiano), il cui compito è quello, appunto, di far sì che il trustee effettivamente persegua la finalità indicata dal disponente. Viceversa, nel *trust* di garanzia, che è un *trust* con bene è un *trust* con beneficiari, perché ha dei beneficiari determinati o determinabili che possono agire contro il trustee.

³³⁷ Cfr. M. LUPOI, *Trusts. I) Profili generali e diritto straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994; ID, *Trusts, II) convenzione dell'Aja e diritto italiano*, ivi, *ad vocem*; ID, *Legittimità dei trusts «interni»*, in BENEVENTI (a cura di.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 29 ss; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita Notarile*, 1998, p. 1323 ss; ID, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, in *Europa e Diritto Privato*, 1998, p. 441 s.s.; G. BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa e Diritto Privato*, 1998, p. 399 s.s.

³³⁸ Per un'analisi dell'istituto cfr. A. GAMBARO, *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1211 s.s.; S.M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione de l'Aja del 1985*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, p. 145 s.s.; I. BENEVENTI (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996; R. LUZZATTO, *Legge applicabile e riconoscimento di trusts secondo la convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, p. 5 s.s.

settlements, atti unilaterali che, combinati al *trust*, permettono di formare una catena di assegnazioni, ossia di istituzioni beneficiarie successive agevolanti il trasferimento dei patrimoni entro un orizzonte di conservazione generazionale, analogamente alle applicazioni risultanti sul continente dell'istituto del fedecompresso.

Con l'industrializzazione del XVIII secolo, poi, l'attenzione inizia a spostarsi sui beni mobili, considerati come pluralità di elementi costituenti una entità di ricchezza che necessita di essere gestita, managed. L'insieme dei beni può essere sfruttato al fine di ottenere una maggior redditività, anche vendendoli e, quindi, disponendo del trust fund, al quale si applica il principio di surrogazione reale, per cui, al beneficiario spettano i diritti sui proventi dell'operazione speculativa. Questa impostazione viene adottata, anche in ambito di trusts immobiliari, determinando il fenomeno dell'*overreaching*, ossia della traslazione della titolarità dei diritti del titolare dal bene materiale alle somme di denaro. In questo modo “*qualunque diritto taluno avesse su un immobile, gli viene preservato in forma di proventi derivanti dalla vendita dell'immobile stesso*”. Anche per l'istituto del trust il ruolo dell'*equity* è determinante. Originariamente, infatti, il *trust* poteva essere inquadrato in un rapporto fiduciario, per cui il titolare dell'estate trasferiva al trustee la titolarità del diritto nell'interesse di un terzo beneficiario o dello stesso trustee. Il fiduciario, *at law*, era il legittimo titolare del diritto (colui che poteva possedere il diritto, *owner*) ma il Cancelliere, in risposta a domande di giustizia che scaturivano dall'inadempimento dei doveri del trustee, riconobbe al beneficiario la situazione di appartenenza nota come

equitable o beneficial ownership, emanando provvedimenti di tutela “equitativi” perché “*in personam*”, ovvero diretti personalmente alla parte – che in questo caso era il fiduciario – a cui era ingiunto di adempiere l'obbligo derivante dal rapporto fiduciario.

Il *trust* contemporaneo riprende e rafforza le logiche fiduciarie e di pluralità di situazioni giuridiche tra le parti, distinguendosi per flessibilità e per poliedricità dei fini cui può essere utilizzato, come quelli di garanzia. Anche in questo caso ritornano le possibilità di letture commissorie o marciarie dell'istituto.

Il meccanismo del *trust* viene, in questo caso, adoperato per attribuire al *trustee* la titolarità delle garanzie a beneficio del creditore.³³⁹ Questa figura si è imposta nella pratica per quei rapporti obbligatori, nei quali risulta più flessibile ed efficiente separare le figure di creditore e di titolare della garanzia, posto che il *trustee* può essere sia il creditore garantito che un terzo.³⁴⁰

Tale strumento è impiegato, in particolare, quando sussiste una pluralità di creditori dell'obbligazione garantita, come nei finanziamenti bancari in *pool*. I vantaggi di costituire la garanzia reale in capo al *trustee* sono plurimi: la creazione della garanzia è più snella e agevole; la cessione del credito non comporta alcuna specifica formalità relativa alla garanzia; la gestione della garanzia nel tempo e la sua escussione in caso di

³³⁹ Cfr. A. CHIANALE, *Il rappresentante per la costituzione delle garanzie reali nei prestiti obbligazionari*, in *Banca borsa titoli di credito*, fasc. 3, 2020, p. 327 s.s.

³⁴⁰ Cfr. S. M. CARBONE, *Il trust ed il suo impiego nelle operazioni del commercio internazionale*, in I. BENEVENTI (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 223 s.s.

inadempimento sono svolte in maniera indipendente dal trustee, cosicché eventuali controversie tra i creditori non ostacolano le operazioni sul bene dato in garanzia. La tecnica del *trust* comporta inoltre che ogni operazione gode della separazione patrimoniale in capo al *trustee*: i beni trasferiti in garanzia e le somme poi ricavate dall'escussione della garanzia costituiscono patrimonio separato.

Con il *trust* in garanzia non è infrequente che il creditore assuma sia la posizione di *trustee* che di beneficiario, per cui, soprattutto in ambito commerciale e imprenditoriale, può avvenire il trasferimento di interi rami di azienda in trust, così da sottoporre al controllo del creditore l'attività imprenditoriale. In tal caso, generalmente le parti adottano anche clausole che obbligano quest'ultimo alla restituzione dell'eventuale surplus tra valore del bene e ammontare del debito, fatte salve le regole di *equity* per cui, in caso di ingiustificati vantaggi da rapporto fiduciario, il debitore diviene beneficiario delle somme ottenute, in riferimento alle quali, il creditore diviene *constructive trustee*. Ulteriore ipotesi rilevante è quella in cui il trustee non sia il creditore, bensì un terzo. Qui l'istituto del *trust* in garanzia mostra tutta la sua capacità di risposta alle diverse esigenze che un rapporto giuridico può sviluppare perchè solitamente, l'atto istitutivo del *trust* prevede che, in caso di adempimento, beneficiario del trust sia il debitore, che in tal modo ottiene la restituzione del bene, nonché che, in caso di inadempimento, beneficiario diventi il creditore. In questo secondo caso, peraltro, è solitamente prevista la vendita all'incanto del bene stesso con il conseguente pagamento del creditore e la restituzione dell'eventuale esubero del debitore.

2. Le garanzie mobiliari nei mercati nordamericani

Il consolidato utilizzo del *trust* negli ordinamenti anglosassoni trova importanti testimonianze anche negli Stati Uniti d'America, la cui cultura giuridica, pur attingendo da quella di *Common law*, ha sviluppato pienamente un originale e strutturato sistema giuridico anche in punto di garanzie.

Precedentemente all' *Uniform Commercial Code* del 1958 e successive modifiche, l'ordinamento degli Stati Uniti d'America era caratterizzato da una vasta e frastagliata gamma di strumenti di garanzia, in particolare per i beni mobili, al quale si affiancava un rigoroso rispetto delle formalità richieste dall'ordinamento che non pochi problemi suscitava nell'attività degli operatori pratici. Da qui, allora, una formulazione ampia e pragmatica dell'art. 9 dello U.C.C. in materia di garanzie mobiliari, tendente, da un lato, al superamento dell'eccessiva polverizzazione di tali strumenti, riconducendo le plurali situazioni giuridiche di garanzia sotto l'alveo delle *Security interests*.³⁴¹

Dall'altro, adottando un atteggiamento funzionale, più che strutturale, per quel che riguarda l'apprezzamento delle modalità di soddisfazione creditoria, ammettendo l'autonoma scelta delle parti di adottare strumenti di stampo più marcatamente privatistico o dai tratti pubblicistici.

³⁴¹ Cfr. G. GILMORE, *Security Interests in Personal Property*, Boston, 1965, p. 24 s.; V. FINCH, *Corporate Insolvency Law: Principles and Perspectives*, Cambridge, 2002; B. A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, 8th ed., West Group, 2004; R. M. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, 2nd ed., London, 1988; G. Mc CORMACK, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge, 2004; N. PALMER, E. MCKENDRICK, *Interests in Goods*, 2nd ed., Informa Law, 1998.

Un *Security Interest*, di cui all'art. 416 dell'*Uniform Commercial Code*, è un interesse in una proprietà, immobiliare o mobiliare, che garantisca il rimborso di un debito o l'adempimento di qualche altra obbligazione. Se il soggetto che concede la garanzia non adempie al proprio obbligo, il garantito può, normalmente, vendere il bene al fine di recuperare eventuali perdite. I *Security Interest* riducono drasticamente il livello di rischio che assume un finanziatore, consentendo, in tal modo, tassi di interesse più bassi e altri incentivi a prendere in prestito. Se un contratto prevede un *Security Interest* lo scambio è noto come *Secured Transaction*.³⁴²

Un esempio comune di *Security Interest* è l'ipoteca immobiliare. In questo caso, il mutuatario impegna la proprietà del bene come garanzia per garantire il rimborso del mutuo ipotecario al soggetto finanziatore. A seconda del tipo di contratto, le proprietà personali del debitore non immobiliari e i beni immateriali, come le proprietà intellettuali, sono spesso utilizzati come forma di garanzia. Altri esempi di garanzie includono l'inventario, le attrezzature, i macchinari, i prodotti agricoli, gli elettrodomestici, gli arredi, i crediti, i conti di deposito, i diritti contrattuali e i beni immateriali in generale. Se il debitore è inadempiente rispetto all'obbligo di rimborso, il creditore sarà in grado di soddisfare il suo credito vendendo il bene che costituisce l'oggetto della garanzia.

³⁴² Cfr. C. W. MOONEY JR., *Relationship between the Prospective UNIDROIT International Registry, Revised Uniform Commercial Code Article 9 and National Civil Aviation Registries*.

Il legislatore nordamericano, dunque, apre ad un'attuazione privatistica dei meccanismi solutori dell'obbligazione di garanzia in modo rilevante, senza, però, che tale approccio comporti necessariamente l'ammissibilità del patto commissorio.

L'operazione soddisfattiva, infatti, deve rientrare nel canone della ragionevolezza economica e il debitore può chiedere un controllo *ex post* dell'attività creditoria che, in presenza di atti fraudolenti o contrari a buona fede, potrà essere fonte di responsabilità per sanzioni ascrivibili all'area dei *punitive damages*, in particolare per l'ipotesi di indebito vantaggio ottenuto dalla vendita. Anche in questo modello di sicurezza reale, dunque, la logica marciana, con i temperamenti del caso, pare trovare una sua dimensione operativa.

La garanzia di beni mobili, per il suo pieno funzionamento, è sottoposta ad un regime di registrazione -cd. *filing*- che ha efficacia costitutiva ed è scomposto in tre fasi.³⁴³ La prima fase è la formazione del vincolo (*creation*) in favore del creditore tramite un *security agreement*, con cui si costituisce il diritto del creditore sul bene. La seconda fase è rappresentata dalla formalizzazione dell'accordo tramite la procedura di *attachment*, con cui al debitore si attribuiscono determinate facoltà e il creditore esegue la controprestazione (*value*). Infine, il terzo momento è quella della *perfection*, consistente nella maggior parte dei casi nel deposito presso i pubblici uffici del *financing statement* ossia della

³⁴³ Cfr. F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca borsa titoli di credito*, fasc. 2, 2017, p. 247, in cui osserva come “Il sistema italiano (bifasico) sembrerebbe discostarsi da quanto previsto nello U.C.C. [...]”

registrazione contenente nome, indirizzo, firma del debitore, nome e indirizzo del creditore, bene oggetto di garanzia. In quest'ultima fase il negozio diviene opponibile ai terzi.³⁴⁴ L'importanza della procedura e del *financing statement* si collega, in particolare, alla conoscibilità per i terzi dell'esistenza del vincolo e alla individuazione della priorità nell'eventualità di una pluralità di diritti di garanzia gravanti sugli stessi beni, soprattutto nell'eventualità di più creditori in dissesto.

Riflessioni conclusive

³⁴⁴ Sull'argomento cfr. F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca borsa titoli di credito*, fasc. 2, 2017, p. 231 s.s.; R. M. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, London, 1988, p. 27 ss.; F. FIORENTINI, *Il pegno*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro e Morello, vol. V, *Diritti reali di garanzia*, Milano, 2014, p. 26.

Gli elementi di disciplina e il profilo funzionale che emergono dal complesso delle disposizioni extracodicistiche costituenti il tessuto connettivo in tema di patto marciano, consentono di ritenere che tale clausola, nell'attestarsi quale strumento di autotutela privata con funzione solutoria, si pone nel solco di quegli strumenti negoziali alternativi alla risoluzione per inadempimento,³⁴⁵ i quali assegnano alle parti il potere di conformare il regolamento pattizio e gestire convenzionalmente la fase patologica del rapporto obbligatorio.³⁴⁶

Tale assetto, se da un lato depone nel senso dell'ampliamento degli spazi di autonomia negoziale su terreni normalmente riservati all'autorità giudiziaria -i.e. il processo esecutivo-, determinando un'inflexione delle regole di validità³⁴⁷ della condotta richiesta alle parti dal perimetro del processo a quello del contratto, dall'altro lato attestano che l'attuale tendenza dell'ordinamento, in linea con quanto già espresso a livello unionale, va nel senso della dequotazione del divieto del patto

³⁴⁵ Cfr. G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, vol. V, t. 2, Milano, 2006; ID, *Le deroghe convenzionali alla disciplina della risoluzione per inadempimento*, Studio n. 160-2020/C, in Consiglio Nazionale del Notariato, p. 2 s.s.

³⁴⁶ In dottrina coglie questo aspetto N. CIPRIANI, *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, luglio 2017, p. 1730 s., il quale osserva che “Per la prima volta dalla codificazione, il legislatore interviene con forza e in maniera (se non sistematica quanto meno) reiterata sugli equilibri tra responsabilità patrimoniale, cause di prelazione ed esecuzione forzata. E per la prima volta il baricentro tende a spostarsi, privilegiando la gestione negoziale della fase patologica del rapporto rispetto al ricorso al processo esecutivo [...]”.

³⁴⁷ In generale sull'argomento cfr. Cfr. F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 1599 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 445 ss.; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno resp.*, 2008, p. 536 ss.; F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 1 ss.

commissorio e di un suo confinamento applicativo alle ipotesi di concreto pericolo di approfittamento del debitore,³⁴⁸ in aderenza a una sempre più marcata esigenza di tutela del credito.³⁴⁹

Tuttavia, se da un lato, tali strumenti sinallagmatici di gestione del rischio di inadempimento, attraverso il ricorso al correttivo marciano, consentono di assicurare la salvaguardia del principio di proporzionalità,³⁵⁰ dal lato dell'escussione,³⁵¹ invece, i poteri di

³⁴⁸ Fin dagli anni Novanta del secolo scorso la dottrina e, successivamente, la giurisprudenza hanno più volte espresso disagio verso la perentorietà della sanzione della nullità, cercando percorsi ermeneutici alternativi per attenuare l'operatività dell'art. 2744 c.c., almeno nelle ipotesi in cui, in concreto, non si producono sproporzioni. Sul punto cfr. N. CIPRIANI, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, in *giustiziavivile.com*; A. CILENTO, *Convenzioni commissorie tra integrità del consenso e funzione negoziale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, p. 213 s.s.

³⁴⁹ Il quale appare favorito dall'utilizzo di strumenti convenzionali, maggiormente flessibili e più celeri rispetto alle tradizionali procedure esecutive pubbliche. Cfr. M. F. CAMPAGNA, *Il Credito strutturato, Rischio e autonomia privata nei contratti di credito*, Milano, 2020, p. 32 s.s.; L. A. CAGGIANO, *Il denaro tra proprietà e credito: le logiche dell'appartenenza*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 491 s.s.; A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 43 s.s.; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. dir. priv.*, 9, I, p. 521 s.s.; G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, p. 3-18; T. ASCARELLI, *La moneta, Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928, p. 80 s.s.; R. INZITARI, *Moneta*, in *Dig. disc. priv.*, XI, Torino, 1994, p. 4 s.s.; A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, p. 5 s.

³⁵⁰ Sulla cui definizione cfr. M. IMBRENDA, *Il leasing finanziario. Trilateralità funzionale ed equilibrio del rapporto*, Napoli, 2006, pp. 104, 116 ss.; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 172; F. CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale*, Napoli, 2001, p. 378 ss.; F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, p. 134 ss.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale*, Napoli, 2003, p. 233 ss.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003; B. MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 235 ss.; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, Milano, 2020, p. 225 ss.; S. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1963, p. 424 ss.

³⁵¹ Sull'argomento è pertinente il richiamo a F. MURINO, *L'escussione*, in *I contratti di garanzia finanziaria* a cura di E. Gabrielli, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu - F. Messineo (già diretto da L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, V. Roppo, F. Anelli), Milano, 2018, p. 207 s.s.

disposizione sul bene attribuiti al creditore³⁵² in forza della clausola marciana fanno ramificare le questioni controverse ed aprire il dibattito dottrinale su delicati profili applicativi, specie con riguardo alla posizione degli altri eventuali creditori concorrenti.³⁵³

Sul versante comparatistico, in disparte gli ordinamenti di *Common law* che non conoscono il divieto del patto commissorio e gli ordinamenti tedesco e spagnolo che conoscono ipotesi frammentate di applicazioni marciane, occorre sottolineare -in prospettiva *de iure condendo*- che, a differenza del sistema francese, il quale, con l'*ordonnance* 23 marzo 2006 n. 346, ha abrogato la comminatoria di nullità del patto commissorio prevista dal *Code civil* agli artt. 2078 e 2088, il nostro ordinamento giuridico non ha effettuato tale opzione a livello codicistico. Invero, gli interventi legislativi, che, in ordine di tempo, si sono succeduti nell'introdurre le singole ipotesi marciane, appaiono aver eroso il divieto del patto commissorio, validandone lo strumento nella versione della *cautela marciana*, la quale si pone in termini di correttivo.

³⁵² Poteri normalmente attribuiti al giudice dell'esecuzione, che riecheggiano le discipline previste in materia di crisi d'impresa. Su questo aspetto cfr. A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. e' davvero il patto marciano?*, in *Corr. Giur.*, 2016, p. 1477 s.s.; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 1 s.s.; R. DI RAIMO, *Contratto e crisi d'impresa*, in *Contratto, crisi d'impresa e tutela del contraente debole* (a cura di Llamas Pombo, Mezzasoma, Rana, Rizzo), Napoli, 2017, p. 37 s.s.

³⁵³ In particolare, il riferimento è, tra gli altri, al profilo del c.d. supero in caso di vendita del bene.

Bibliografia

ADILARDI - *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano* (nota a Cass. 10.3.2011 n. 5740), in *Giust. civ.*, 2011, 6, I, p. 1453.

AGABITINI - *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di patto commissorio*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2012, 1, p. 119.

ALBANESE - *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini* (nota a Cass. 10.3.2011 n. 5740), in *Giur. it.*, 2012, 3, p. 570.

ALCARO - *La condizione nel contratto tra 'atto' e 'attività'*, Padova, 2008, 196 s., p. 199.

ALPA - *Introduzione*, in ID. e E. NAVARRETTA (a cura di), *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, cit., p. 11 s.s.

AMADIO - *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, vol. V, t. 2, Milano, 2006.

AMADIO - *La condizione di inadempimento: contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 124 s.s.

AMADIO - *Le deroghe convenzionali alla disciplina della risoluzione per inadempimento*, Studio n. 160-2020/C, in Consiglio Nazionale del Notariato, p. 2 s.s.

AMBROSINI - *La rafforzata tutela dei crediti privilegiati nei confronti di imprese in difficoltà: pegno non possessorio e patto marciano*, in *Le proposte per una riforma della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, a cura di M. Arato e G. Domenichini, Milano 2017, p. 193.

AMBROSINI - *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Dir. fall.*, 2016, I, p. 1075.

ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 2 s.

ASTONE - *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 3, p. 735.

ASTONE, *Inadempimento del consumatore, autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa e diritto privato*, 2017, p. 739 s.s.

BALTI - *Clausola di patto commissorio*, in *Clausole negoziali*, a cura di M. Confortini, Torino 2017, p. 578.

BARBIERA, *Autonomia privata e garanzie reali: un rapporto difficile, sclerotizzato da chiusure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accettati*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 483 s.s.

BARCELLONA, *Ordine pubblico (diritto privato)*, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. del dir.*, p. 927

BARILLÀ - *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 583.

BARILLA' - *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, in *Il corriere giuridico*, 2017, 1, p. 5 s.s.

BARILLA' - *Escussione della garanzia bancaria in tempo di crisi pandemica e prova della frode in capo al beneficiario.*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2022, 1, p. 107 s.s.

BENUSSI - *Patto commissorio e garanzie sul diritto d'autore* (nota a Trib. Roma 16.9.2008), in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 12, p. 982.

BERGAMO, *Brevi note sul divieto del patto commissorio*, p. 1602 s.

BERNARDI - *Il nuovo patto marciano tra banche e imprese di cui all'art. 48-bis t.u.b.*, in *Studium iuris*, 2017, p. 553.

BETTI, voce «Autotutela, (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529 ss.

BIANCA - *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato* (nota a Cass. 5.4.1960 n. 776), in *Realtà sociale ed effettività della norma - Scritti giuridici*, I, 2, Milano, 2002, p. 1101.

BIANCA - *Garanzia mediante alienazione simulata e conferimento al creditore di un mandato di vendita* (nota a Cass. 11.12.1956 n. 4406), in *Realtà sociale ed effettività della norma - Scritti giuridici*, I, 2, Milano, 2002, p. 1093.

BIANCA - *Il divieto del patto commissorio*, Milano 1957.

BIANCA - *Il divieto di patto commissorio: un passo indietro della Cassazione* (nota a Cass. 12.12.1986 n. 7385), in *Realtà sociale ed effettività della norma - Scritti giuridici*, I, 2, Milano, 2002, p. 1159.

BIANCA - *Patto commissorio*, in *Novissimo dig. it.*, XII, Torino 1965, p. 711.

BIANCA - *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia* (nota ad App. Genova 31.1.1969), in *Realtà sociale ed effettività della norma - Scritti giuridici*, I, 2, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1149.

BIANCA - *Voce patto commissorio*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino 1939, p. 599.

BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1971.

BONAVERA - *Nullità del patto commissorio contenuto in patti parasociali* (nota a Trib. Milano 19.09.2011), in *Società*, 2012, 1, p. 9.

BONAVERA - *Partecipazioni a scopo di finanziamento tra patto leonino e patto commissorio* (nota ad App. Milano 17.9.2014), in *Società*, 2015, p. 555.

BONAVERA - *Questioni processuali e sostanziali in tema di nullità di contratto di cessione di quote sociali per violazione del divieto di patto commissorio* (nota a Trib. Milano 3 ottobre 2013), in *Società*, 2014, p. 675.

BOSETTI, *La cessione del credito*, in ID. (cur.), *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, Torino, 2010, 19

BOTTA - *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciata* (nota a Cass. 21.1.2016 n. 1075), in *Nuova giur. civ.*, 2016, I, p. 908.

BOTTA - *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2010, 1, p. 75.

BRIANDA - *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e impresa*, 2016, p. 797.

BURDESE - *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, p. 10 s.s.

BUSET - *Anche una procura a vendere può violare il divieto del patto commissorio?* (nota a Cass. 8.7.2015 n. 15486), in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, p. 62.

BUSET - *Ancora su procura a vendere e divieto del patto commissorio* (nota ad App. Bologna 7.12.2015), in *Nuova giur. civ.*, 2016, I, p. 737.

BUSSANI - *Il problema del patto commissorio*, Torino 2000.

CACCESE - *Divieto del patto commissorio, tutela dell'equilibrio dello scambio e proporzione tra valore del bene offerto in garanzia e prestazione dovuta dal debitore* (nota a Trib. Napoli 22.12.2008), in *Dir. e giur.*, 2009, 4, p. 603.

CALO' - *Appunti sul patto commissorio*, in *Riv. giur. edilizia*, 1987, I, p. 381.

CAMMARATA - *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963

CAMPOLATTARO - *Tipologia del patto marciato tra tipicità e atipicità*, in *Riv. not.*, 2017, 3, p. 591.

CANDIAN - *Appunti dubbiosi sulla ratio del divieto del patto commissorio*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 175.

CAPOBIANCO - *Profili generali della contrattazione bancaria*, in *I contratti bancari (a cura di)*, Torino, 2/2021, p. 22 s.s.

CAPOZZI - *Dei singoli contratti*, Milano, 1989, p. 37.

CARIMINI - *Contratto di sale and lease-back: finanziamento, garanzia ed esigenze del mercato*, in *Rassegna di diritto civile*, 2017, fasc. 4, p. 1528-1544.

CARIMINI - *Il lease back e la funzione di scambio*, Napoli, 2004, p. 1 s.s.

CARIMINI - *Il lease back*, in *Leasing e lease back*, (a cura di) M. IMBRENDA e F. CARIMINI, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2008, p. 356 s.

- CARIMINI - *La liberazione dal debito nelle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, Napoli, 2000.
- CARIMINI - *Sequestro convenzionale e autotutela*, in *Riv. giur. del Molise e del Sannio*, 2018.
- CARNELUTTI - *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. Comm.*, 1916, II, p. 890.
- CARNELUTTI - *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 305 ss.
- CARNEVALI - *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982, p. 499.
- CERINI - *La riforma silenziosa dei nuovi patti marciali*, in *Riv. notarile*, 2018, 4, p. 29.
- CHERTI - *La ritenzione come forma di autotutela privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 466 s.
- CHIANALE - *Il pegno non possessorio sui beni determinati*, in *Riv. dir. civ.*, p. 951 ss.
- CHIANALE - *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, Torino, 2016.
- CHIANALE - *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciali*, in *Riv. not.*, 2016, 4, p. 751.
- CICERO - *La compensabilità dei debiti che si originano da una medesima fonte*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2007, 5, p. 1135 ss.
- CILENTO - *Convenzioni commissorie tra integrità del consenso e funzione negoziale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, p. 213 s.s.
- CILENTO - *Credito immobiliare e diritto dei consumi*, in *De Iustitia*, 10/2020, p. 1 s.
- CILENTO - *Dal divieto del patto commissorio alla meritevolezza delle garanzie reali atipiche: il contributo della giurisprudenza*, in *De Iustitia*, riv. giur., 6/2020.
- CILENTO - *I doveri di informazione del consulente finanziario tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Quaderni de Il foro napoletano*, 18, Napoli, 2017, p. 21 s.s.
- CILENTO - *Il percorso verso l'ammissibilità del patto marciali*, in *De Iustitia*, 7/2020, p. 1 s.
- CILENTO - *L'art. 48 bis T.U.B.: profili applicativi*, in *De Iustitia*, 9/2020, p. 1 s.s.
- CILIA - *Divieto del patto commissorio e negozi collegati* (nota a Cass. 19.5.2004 n. 9466), in *Contratti*, 2004, 11, p. 979.
- CIPRIANI - *Appunti sul patto marciali nella L. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, p. 995.
- CIPRIANI - *Divieto del patto commissorio e alienazioni a scopo di garanzia nel pensiero di Domenico Rubino*, in Domenico Rubino, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, II, *Singole fattispecie negoziali*, Napoli 2009, p. 707.

CIPRIANI - *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2017, p. 1 s.s.

CIPRIANI - *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, luglio 2017, p. 1726 s.s.

CIPRIANI - *Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1727.

CIPRIANI - *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, in *giustiziacivile.com*

CIPRIANI - *Patto commissorio e patto marciano. Legittimità e proporzionalità delle garanzie*, Napoli, 2000, 1 s.s.

CONFORTINI - *Primato del credito. Responsabilità patrimoniale ed espropriazione privata nell'economia del debito*, Napoli, 2020, p. 1 s.s.

COSTABILE - *Il divieto di patto commissorio*, in *Immobili & proprietà*, 2014, p. 703.

CRICENTI - *I contratti in frode alla legge*, Milano 1996, p. 41.

CROCI - *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium iuris*, 2016, p. 1451.

D'AVANZO, voce «*Ritenzione (diritto di)*», in *Novissimo Dig.*, XVI, Torino, 19691, p. 70 s.s.

DALMARTELLO *Ancora sul pegno irregolare*, ivi, 1956, II, p. 301 s.s.

DALMARTELLO, *Il pegno irregolare*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1950, I, p. 315

D'AMICO - *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 1, p. 1.

D'AMICO-PAGLIANTINI-PIRAINO-RUMI - *I nuovi marciano*, Torino 2017, p. 1 s.s.

DE BELVIS - *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, 2018.

DE MENECH - *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 2015, p. 823 s.s.

DEL CORE - *Il divieto del patto commissorio nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Vita not.*, 2016, 3, p. 1415.

DI BITONTO - *Patti parasociali e patto commissorio: attenti a quei due?*, in *Società*, 2012, 8-9, p. 903.

DI MAJO GIAQUINTO - *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1962, p. 177 s.s.

DI MAJO - *Dell'adempimento in generale (artt. 1177-1200)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 343 s.

DI MAJO - *Dominio e relazione nell'obbligazione*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 1 giugno 2021, p. 193 s.s.

DI PAOLO - *Patto commissorio*, in *Digesto discipline privatistiche - Sez. civ.*, XIII, Torino 1995, p. 309.

DOLMETTA - *La ricerca del "marciano utile"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 811.

DONEGANA - *Brevi riflessioni sul mandato ad alienare con funzione di garanzia*, in *Federnotizie*, 2003, 3, p. 112.

EBNER - *Patto marciano*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, Aggiornamento XVI, 2007.

ENRIETTI - *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 21.

F. FIORENTINI - *Il pegno*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro e Morello, vol. V, *Diritti reali di garanzia*, Milano, 2014, p. 26.

F. FIORENTINI - *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Berna-Napoli, 2009, p. 201 e ss.

FALZEA - *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 226 s.s.

FAPPIANO - *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *Contratti*, 2019, p. 86.

FERRI - *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 351 s.s.

FERRONI - *Il divieto del patto commissorio*, in *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano 1998, p. 449.

FERRUCCI - *Il divieto di patto commissorio*, in *Vita not.*, 2001, 3, p. XCIX.

FINCH - *Corporate Insolvency Law: Principles and Perspectives*. Cambridge, 2002;

FIORENTINI - *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 255 ss.

FOLLIERI - *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, II, p. 1857.

GABRIELLI - *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, p. 94 ss.

GALGANO - *Tratt. dir. civ.*, III, Padova, 2010, p. 36

GARNER - *Black's Law Dictionary*, 8th ed., West Group, 2004;

GENGHINI - *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 260.

GHIDONI, *L'obbligazione di rendere il conto*, Napoli, 2018.

GIGLIOTTI - *Il divieto del patto commissorio*, Milano 1999.

- GILMORE - *Security Interests in Personal Property*, Boston, 1965, p. 24 s.
- GOODE - *Legal Problems of Credit and Security*, London, 1988, p. 27 s.s.
- GRASSO - *Formalismo giuridico e sapere del civilista*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 343 s.s.
- GRISI - *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 14 s.
- IACCARINO - *Il rimedio del patto marciano nel diritto positivo*, in *Immobili & proprietà*, 2017, p. 101.
- IACUANIELLO BRUGGI - *Patto commissorio*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma 1990.
- IMBRENDA - *Debiti pecuniari e nuovi paradigmi tra crisi, emergenze, flessibilità*, in *Studies in Law and Social Sciences*, 2022., p. 211-229.
- IMBRENDA - *Controllo e rendiconto delle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001, p. 61 s.s.
- IMBRENDA - *Il leasing finanziario. Trilateralità funzionale ed equilibrio del rapporto*, Napoli, 2005.
- IMBRENDA - *Il Leasing*, in M. Imbrenda e F. Carimini, *Leasing e Lease back*, in *Trattato di Diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008.
- IRTI - *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997.
- IRTI - *Formalismo e attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 1 s.s.
- LAPENNA - *Pegno irregolare ed onere di insinuazione al passivo: una questione aperta*; e in *Foro It.*, 1997, I, c. 3163 ss.
- LAURENT - *Principii di diritto civile*, traduzione di A. Di Majo, 17, Napoli 1882, p. 123.
- LAZZARELLI - *Ragionevolezza e proporzionalità nella conservazione della garanzia patrimoniale: nuovi profili applicativi dell'abuso del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 509 s.s.
- LEHMANN - HUBNER, *Allg. Teil der burg. Gesetzbuchs*, Berlin, 1966, p. 119.
- LENZI - *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996
- LENZI-TATARANO - *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Studi e materiali*, 2017, 1-2, p. 3.
- LEPORE - *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019, p. 32 ss
- LICINI - *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. Not.*, 1996, 5, p. 1001.
- LIPARI - *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 293 s.s.

- LIPARI - *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.2, 1 giugno 2021, p. 317.
- LONARDO - *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993
- LUMINOSO - *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 219.
- LUMINOSO - *La vendita con riscatto*, Milano 1987, p. 221.
- LUMINOSO - *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 10.
- LUMINOSO - *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1398.
- MACARIO - *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, 2 - *L'attuazione dei diritti*, Milano 2009, p. 204.
- MACARIO - *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di G. Cian*, Padova, 2010, p. 1522 s.
- MAI - *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis T.U.B.*, in *Riv. not.*, 2016, 6, p. 1111.
- MAIORCA - voce *Condizione*, in *Dig. – Disc. priv.*, 1988, § 24.
- MALTESE - *Ritratto di Cammarata*, in *Foro it.*, 1996.
- MARCHETTI - *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017, p. 62 s. e 237 s.s.;
- MARESCA - *Datio in solutum: la linea Maginot del patto commissorio*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1127.
- MARICONDA - *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, nota a Cass., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, p. 1436.
- MARMOCCHI - *Della condizione di adempimento della prestazione*, in *Riv. Not.*, 1983 p. 481 s.s.
- MATTIANGELI - *Divieto di patto commissorio, ratio, fondamento ed analisi delle posizioni di dottrina e giurisprudenza*, in *Vita not.*, 2006, 2, p. 1092.
- MENNELLA - *Il rimborso del prestito*, in *Il prestito vitalizio ipotecario*, a cura di G. O. Mennella - G. C. Platania, in *Quaderni del Notariato*, 11/2015, p. 179 s.s.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 502.
- MINNITI - *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29.
- MOLLE - *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXXV, I, Milano, 1973, p. 298 e p. 359.

MURINO - *L'escussione extragiudiziale «accelerata» delle garanzie nella proposta di direttiva npl tra droit savant e droit barbare*, in *Giur. Comm.*, fasc.4, 1 agosto 2022, pag. 688 s.s.

MURINO - *L'escussione*, in *I contratti di garanzia finanziaria* a cura di E. Gabrielli, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu - F. Messineo (già diretto da L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, V. Roppo, F. Anelli), Milano, 2018, p. 207 s.s.

MURINO - Prime considerazioni sul pegno non possessorio, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.2, 2017, p. 231 s.s.

NAVONE - *Il divieto del patto commissorio nell'ermeneutica contrattuale: la linea di confine tra il patto vietato e la datio in solutum* (nota a Cass. 20.6.2008 n. 16953), in *Nuova giur. civ.*, 2008, 12, I, p. 1439.

NICOLO' - ANDRIOLI-GORLA - *Responsabilità patrimoniale. Concorso dei creditori e cause di prelazione. Conservazione della garanzia patrimoniale. Divieto del patto commissorio. Privilegi. Pegno. Ipoteca (art. 2740-2899)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma 1955.

NOBILI - *Le obbligazioni*, Milano, 2002, p. 169 s.

ORLANDO - *Alienazione attuativa della garanzia del finanziamento ex art. 48 bis T.U.B. e ipoteca*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1732.

PAGLIANTINI - *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Dir. 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, p. 181. - ed in *Studi in onore di G. De Nova*, III, Milano 2015, p. 2283.

PAGLIANTINI - *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48-bis t.u.b.*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, p. 931.

PAGLIANTINI - *Spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialita' (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1719.

PAGLIANTINI - *Sull'art. 48-bis del T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in D'AMICO-PAGLIANTINI-PIRAINO-RUMI - *I nuovi marcioniani*, Torino 2017, p. 42.

PELLEGRINI - *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile*, (a cura di) M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1948, I, p. 143 s.s.

PERLINGIERI G. - *Garanzie atipiche e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, I, 2017, p. 21.

PERLINGIERI G. - *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

PERLINGIERI G. - *Venticinque anni dalla Rassegna di diritto civile e la "polemica sui concetti giuridici". Crisi e definizione delle categorie*, Napoli, 2006, p. 543 s.s.

PERLINGIERI G. - *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'opponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, p. 15 s.s.

PERLINGIERI P. - *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Napoli, 2019, p. 256 s.s.

PERLINGIERI P. - *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, pp. 77, 119 ss., 129 s.s.

PERLINGIERI P. - *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2020, vol. I, p. 85 s.s.

PERLINGIERI P. - *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 39 s.s.

PERLINGIERI P. - *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1971, p. 26 s.s.

PERLINGIERI P. - *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 447 ss.

PERLINGIERI P. - *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli 1989, p. 75 s.s.

PERLINGIERI P. e P. FEMIA - *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 63 s.s.

PIRAINO - *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 34 s.s.

PISCITELLO - *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 2000, 1 s.s.

PROSPERI - *Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile*, in *Studi in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, p. 1745 s.

PUGLIATTI - *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, p. 298.

RAPPAZZO - *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999, p. 131.

RESCIGNO - *Presentazione a A. De Sanctis Ricciardone, L'autotutela civile*, in *Biblioteca di diritto privato* ordinata da P. Rescigno, Napoli, 2011, p. XIX.

RESCIGNO, voce *Condizione* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 768 s.s.

RISPOLI - *Ai confini del divieto di patto commissorio* (nota a Cass. 20.2.2013 n. 4262), in *Giur. it.*, 2013, 10, p. 2023.

ROPPO - *Il divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, 19, Torino 1997, p. 557.

- ROPPO - *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. Not.*, 1981, p. 398.
- RUBINO - *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 55 s.s.
- RUSSO - *Oltre il patto marciano*, Napoli 2017.
- RUSSO - *Questioni in tema di divieto di patto commissorio e cessione di partecipazioni societarie* (nota a Trib. Milano 3.10.2013), in *Giur. it.*, 2014, p. 2782.
- SACCHI, voce *Compensazione*, in *Dig. It.*, VIII 3, Torino, 1896-1899, § 13.
- SACCO - *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 1583 s.s.
- SALVATORE - *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2012, 6, p. 717.
- SANTI ROMANO - *Autonomia privata*, Milano, 1957, p. 5 s.s.
- SANTORO PASSARELLI - *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, p. 199 s.
- SASSI - *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 82 ss.
- SATTA - *Il formalismo nel processo*, in *Riv. trim.*, 1958, p. 1144;
- SCOTTI - *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1477.
- SCOZZAFAVA - *Note in tema di garanzia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano 2008, p. 2823.
- SERRA, A. *Ermanno Cammarata. La critica gnoseologica della giurisprudenza*, Napoli, 1988.
- SORGEL - SIEBERT, *Kommentar zum BGB*, I, *Allg Teil*, Stuttgart, 1967, p. 992.
- STOLFI - *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, Milano 1981, p. 655.
- STOLFI - *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, Milano 1981, p. 666 s.s.
- TRIOLA - *Il problema della liceità del c.d. patto commissorio obbligatorio*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano 1992, p. 1251.
- TUCCI, voce *Garanzia*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, p. 579 ss.;
- VECCHIO - *Il divieto di patto commissorio e la causa delle alienazioni* (nota a Cass. 21.1.2016, n. 1075), in *Contratti*, 2016, p. 429.

VERDI - *Patto commissorio e collegamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 4, p. 509.

VISCONTI - *La nuova garanzia reale dei prestiti bancari: il patto marciano*, in *Immobili & proprietà*, 2017, p. 586.